
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Netherlands

HET NEDERLANDSCH BURGERLIJK REGT.

HET

NEDERLANDSCH BURGERLIJK REGT,

DOOR

MR. G. DIEPHUIS,
OUD-HOOGLEERAAR TE GRONINGEN.

ELFDE DEEL.

TE GRONINGEN BIJ J. B. WOLTERS, 1888.

Stoomdrukkerij van J. B. Wolters.

HOOFDSTUK II.

VAN ONDERSCHEIDENE VERBINDTENISSEN IN HET BIJZONDER.

§ 26.

Inleiding.

Alle verbindtenissen ontstaan volgens art. 1269 òf uit overeenkomst òf uit de wet. Wij hebben vroeger de onjuistheid opgemerkt dier bijeenvoeging en tegenstelling van overeenkomst en wet, als bronnen van verbindtenissen, die inderdaad in geen geval uit de wet, maar op grond en uit kracht van deze uit iets anders geboren worden. Maar wij merkten tevens op, dat die bepaling de, zij het dan minder gelukkig gestelde, uitdrukking behelst van een gewigtig beginsel, dat er geene verbindtenis bestaat, die niet ontstaan is, hetzij uit eene overeenkomst, waaraan in art. 1374*a* in het algemeen eene voor partijen verbindende kracht is toegekend, hetzij uit iets anders, dat ook als bron of oorzaak van verbindtenis, of waarvan deze als een uitvloeisel of gevolg is erkend (1).

Art. 1269 wordt nader ontwikkeld in art 1388 en 1389, de twee eerste artt. van den titel, die, zoo al niet alleen, dan toch bijna alleen, de onderwerpen behandelt, die de stof uitmaken der eerste afdeeling van dit hoofdstuk. Die ontwikkeling betreft intusschen niet het beginsel, als uitdrukking waarvan het art. voor ons waarde heeft, maar enkel datgene, wat het

(1) Zie hierboven, X, bl. 15 en v., 344 en v.

regtstreeks zegt, en wat voor ons zonder waarde is. Het laat zich verwachten, dat dan ook art. 1388 en 1389 voor ons van weinig of geen belang zijn, en werkelijk is dit het geval. Wij merkten dan ook reeds vroeger op, dat ze eenvoudig eene inleiding uitmaken tot den titel, waarin eenige verbindtenissen behandeld worden van geheel verschillenden aard, die met elkander in geen het minste verband staan, en daarom ook kwalijk het onderwerp van éénen titel konden uitmaken zonder zoodanige inleiding, waardoor althans op dit schijnbaar verband wordt gewezen, dat ze alle ten gevolge van 's menschen toedoen geboren worden, hetzij dan door eene regtmatige, hetzij door eene onregtmatige daad (1).

Is dat zoo, dan moeten wij ons niet voorstellen uit die bepalingen iets bijzonders te leeren, maar dan behoeven wij ons daarmede ook geene moeite te geven. Met het oog op beide kan de vraag opkomen, of en in hoe ver de verbindtenissen, in art. 1404 en 1405 bedoeld, wel met grond gezegd kunnen worden ten gevolge van 's menschen toedoen te ontstaan. Zoo kan men ook naar aanleiding van art. 1389, 'twelk zegt dat de verbindtenissen, welke uit kracht der wet ten gevolge van 's menschen toedoen geboren worden, voortvloeijen òf uit eene regtmatige òf uit een onregtmatige (2) daad (3), gemakkelijker vragen dan beslissen, of we met eene regtmatige of met eene onregtmatige daad te doen hebben. Zaakwaarneming is op zich zelf niet onregtmatig, maar als zij plaats heeft uit bemoeizucht, slecht wordt behandeld en schadelijk werkt, blijft zij dan nog

(1) Verg. hierboven, X, bl. 15 en v.

(2) Art. 3 van het ontwerp van 1824 sprak van eene geoorloofde of eene wederregtelijke daad, un fait licite ou — illicite; zie NOORDZIEK, 1824—1825, II, bl. 176 en v.; verg. bl. 529.

(3) In het Wetb. v. 1830 werd eene gelijke bepaling, de laatste eener eerste afdeeling, gevolgd door eene tweede afdeeling van de verbindtenissen die uit eene regtmatige, en eene derde van die welke uit eene onregtmatige daad voortvloeijen. Bij de herziening is die splitsing weggelaten, en dit om art. 1398 en v. doelmatiger geacht. Zie VOORDUIN, V, bl. 72 en v. Nu zou eigenlijk ook art. 1389 hebben moeten wegvallen; maar dat kon niet wel, zonder de inleiding te bederven.

altijd regtmatig? De betaling van iets, dat niet verschuldigd was, is niet onregtmatig, maar zij kan niet geschieden, zonder dat de andere partij hetgeen betaald wordt in ontvangst neemt, en als deze dat nu te kwader trouw doet (art. 1398), is er dan nog enkel eene regtmatige daad? Of is hetgeen geschiedt regtmatig ten aanzien van de eene en onregtmatig ten aanzien der andere partij, en brengt dat tweeërlei karakter ook verschillende gevolgen te weeg? Wij behoeven ons met zulke vragen niet op te houden, maar kunnen volstaan met die verbindtenissen te beoordeelen naar de omtrent haar bestaande bepalingen.

Onze wetgever heeft teregt (1) geene bepaling opgenomen als die van art. 1370*d* C. N., 'twelk zegt: Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, resultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits. Daarmede en met het wegvallen der splitsing van den titel, die er mede in verband stond, verviel als van zelf ook art. 1371 C. N., 'twelk eene bepaling geeft van les quasi-contrats, waaraan zeker bezwaarlijk eenige, hetzij dan theoretische of praktische, waarde kan worden toegekend. Maar daarmede vervalt ook alle reden voor de vraag, of de twee eerste verbindtenissen in onzen derden titel behandeld — de andere vloeijen uit onregtmatige daden voort — dezelfde waarvan de 2e afd. van tit. 4 van den C. N. spreekt, de eenige zijn van dien aard, dan of daartoe ook nog wel andere gebragt kunnen worden. Met het oog op art. 1371 C. N. behoeft men geen zwarigheid te maken daarop bevestigend te antwoorden; maar de vraag zelve is nutteloos, en het antwoord dat men daarop wil geven onverschillig, omdat in allen gevalle de verbindtenis waarop het aankomt onderworpen is aan de haar betreffende bepalingen, en er b.v. voor verbindtenissen uit regtmatige daden geboren geene algemeene bepalingen bestaan, die al of niet nevens gene in aanmerking genomen zouden moeten worden. Hetzelfde geldt van die, welke voortspruiten uit onregtmatige daden. Intusschen moet altijd bij de eene zoowel als bij de andere soort in het oog gehouden worden, dat er regtens geene verbindtenis bestaat, die niet gegrond is in de wet.

(1) Verg. hierboven, X, bl. 347 en v.

In verband met het voorgaande moet hier nog eene opmerking volgen. Met het oog op de weglating van art. 1370*d* C. N. werd indertijd opgemerkt, dat on a débarrassé notre code des locutions barbares de la latinité du 14me siècle (1). Maar men heeft meer gedaan dan het wetboek te ontlasten van de woorden quasi-contract enz.; men heeft het ook ontdaan van de zaken, die er door werden aangeduid, van de onderscheiding die daardoor werd gemaakt. Men heeft alle aanleiding weggenomen om te spreken van verbindtenissen, die quasi ex contractu, ex maleficio (delicto) of quasi ex maleficio (delicto) geboren worden; uitdrukkingen wel is waar, door Romeinsche regtsgeleerden gebezigd, maar voor eene onderscheiding, waaraan men bezwaarlijk eenige wetenschappelijke, op zijn best misschien eene quasiwetenschappelijke waarde kan toeschrijven (2). Het komt mij daarom dan ook bevreemdend voor, dat desniettemin door onze regtsgeleerden, wanneer zij in onze taal het Nederlandsche regt behandelen, van die termen nog een zoo veelvuldig gebruik wordt gemaakt. Dit geschiedt intusschen, en nu het geschiedt, meen ik het hier niet onopgemerkt te mogen laten, maar daarbij te moeten wijzen op de noodzakelijkheid, om op zijne hoede te zijn tegen het gevaar waaraan men daardoor wordt blootgesteld; omdat niet altijd alleen te denken valt aan een onschuldig genoegen, 'twelk men schijnt te vinden in het gebruik van vreemde woorden, vooral wanneer die aan het Romeinsche regt ontleend zijn. De erfgenaam zal verpligt zijn het legaat uit te keeren, ook wanneer men hem voorstelt als verbonden quasi ex contractu, hetzij men dit op de wijze der Instituten, of anders, of niet

---

(1) Zie BARTHÉLÉMY, bij VOORDUIN, V, bl. 72, NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 39.

(2) Wanneer men in § 5 Inst. de oblig. quasi ex contractu leest: Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intellegitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest): et tamen, *quia ex maleficio non est obligatus heres*, *quasi ex contractu debere intellegitur*, is zeker een glimlach niet onnatuurlijk, tenzij een gevoel van verbazing of ergernis dien terughoudt. En toch vinden wij daar in § 2 en 3 ten aanzien van voogden en van medeëigenaren gelijke redenering.

motiveert. Maar als men uit die voorstelling gevolgtrekkingen wilde afleiden, zou de zaak bedenkelijk worden. Wanneer men, gelijk dat bepaaldelijk met betrekking tot de zaakwaarneming het geval is, voor deze of gene stelling gronden ontleent aan het ontstaan der verbindtenis als uit eene overeenkomst (1), dan is de zaak niet onschuldig of onverschillig, dan wordt het terrein onveilig, en is het zaak behoedzaam om zich heen te zien.

Ons tweede hoofdstuk, 'twelk in tegenstelling van het eerste, dat van verbindtenissen in het algemeen handelde, bestemd is voor de behandeling van onderscheidene verbindtenissen in het bijzonder, laat zich gevoegelijk in twee afdeelingen splitsen, waarvan de eene de verbindtenissen tot onderwerp heeft die uit overeenkomst, de andere die welke anders dan uit overeenkomst geboren worden.

De eene behoeft niet alle overeenkomsten te behandelen, zij kan dat zelfs niet; niet zoo zeer om den omvang, als wel omdat men niet kan bepalen en bij de steeds voortgaande ontwikkeling van het maatschappelijk verkeer niet kan voorzien, welke overeenkomsten en waarover al of niet zouden kunnen worden aangegaan. Het is trouwens ook niet noodig. De wetgever heeft een aantal overeenkomsten met de daaruit voortspruitende ver-

---

(1) Zie b.v., hoe DEMOLOMBE, XXXI, n. 53, zegt: un quasi-contrat, c'est quasi un contrat, en daarop zijne redenering bouwt, terwijl hij in n. 55 stelt: Le quasi-contrat de gestion d'affaires devant être quasi comme un contrat, il faut rechercher jusqu'à quel point et dans quelle mesure les règles qui gouvernent les contrats lui sont applicables, om daarna achtervolgens de vier vereischten na te gaan, in art. 1108 C. N., ons art. 1356, voor de bestaanbaarheid van overeenkomsten gesteld. Zoo zegt ook LAURENT, XX, n. 312: La loi l'appelle un quasi-contrat; ce sont donc les règles du contrat que l'on doit appliquer, en tant qu' elles peuvent recevoir leur application. En elders, n. 336, met betrekking tot de vraag, of ook hij, die tegen den wil van den belanghebbende diens zaken waarnam, als zaakwaarnemer eenig regt kan doen gelden: le quasi-contrat est fondé sur la supposition qu'il y a consentement présumé de la partie intéressée; or comment le législateur pourrait-il présumer que le maître consent à ce que l'on gère ses affaires alors qu'il s' y oppose?

bindtenissen afzonderlijk behandeld, en wij zullen dat naar aanleiding van zijne bepalingen eveneens moeten doen; die, waarvan hij niet spreekt, hebben ook wij niet te bespreken. De wet wijst er in art. 1355 op, dat alle overeenkomsten, hetzij ze onder eene eigene benaming bekend zijn of niet, aan de algemeene regelen omtrent verbindtenissen en overeenkomsten, en die waarvoor eigene bepalingen bestaan, mede daaraan onderworpen zijn. Bij de laatste moeten wij ook hiermede rekening houden; voor de andere kunnen ook wij het laten bij de algemeene regelen, die in het eerste hoofdstuk zijn besproken.

De andere afdeeling zou van nog grooteren omvang moeten zijn, wanneer zij alle verbindtenissen zou behandelen, die anders dan uit overeenkomst geboren worden, al wil men zich ook hier bepalen tot die welke behandeld zijn in de wet; zij is echter, ook betrekkelijk, van geringen omvang. De meeste van die verbindtenissen spruiten voort uit toestanden, betrekkingen, handelingen, gebeurtenissen, waarover elders gehandeld is, en zijn in verband daarmede ook zelve besproken. Hier hebben wij daarom slechts te doen met die, welke voortvloeijen uit eene op zich zelve staande bron, en ten aanzien waarvan daarom geene natuurlijke aanleiding bestond om ze elders in verband met iets anders te behandelen. Dit is het geval, zoo niet uitsluitend, dan toch bijna alleen, met die, welke het onderwerp uitmaken van den derden titel. En dit kan weder als de reden beschouwd worden, waarom die verbindtenissen, ofschoon van zooveel mogelijk uiteenloopenden aard, in éénen titel zijn zamengevat, en, misschien om het geringe aantal der daaraan gewijde bepalingen, zelfs zonder nadere zigtbare afscheiding achter elkander aan de orde gesteld zijn.

De meest natuurlijke orde zou nu zeker medebrengen, dat eerst de verbindtenissen uit overeenkomst behandeld werden. Ik wensch echter de andere te laten voorgaan. Behalve den minderen omvang, geeft ook de plaats, waar ze nu eenmaal in de wet ter sprake zijn gebragt, daartoe aanleiding. En voor eene systematische behandeling van ons burgerlijk regt komt het mij vrij wel onverschillig voor, welke afdeeling de eerste plaats inneemt.

AFDEELING I.

VAN VERBINDTENISSEN, ANDERS DAN UIT OVEREENKOMST GEBOREN.

§ 27.

Van zaakwaarneming.

Van zaakwaarneming moge sprake kunnen zijn, ook waar het eigen zaken of belangen geldt, als zoodanig is zij noch gevolg noch bron eener verbindtenis; men pleegt dan ook bij dien naam van zelf te denken aan waarneming van eens anders zaak. Maar deze kan ook het gevolg zijn eener betrekking, waarin men tot dien ander staat en uit kracht waarvan men geroepen is om hem te vertegenwoordigen en voor hem te beheeren of besturen; de waarneming is dan eenvoudig werkzaamheid in die betrekking. Zij kan ook veroorzaakt zijn door lastgeving, een gegeven en aangenomen opdragt, en is dan eene uitvoering daarvan. Maar zij kan ook zonder zoodanige aanleiding, uit eigen beweging van den waarnemer, plaats hebben, en juist dan wordt er van zaakwaarneming, of veelal bij voorkeur van negotiorum gestio gesproken (1). Wij kunnen

---

(1) Het komt mij voor, dat ons woord „zaakwaarneming" eene zoo getrouwe en volledige vertaling is van de latijnsche uitdrukking negotiorum gestio, dat beide elkander volkomen dekken. Maar dan zie ik ook geene reden, waarom men nog altijd, in plaats van het eigen woord, de vreemde uitdrukking zou blijven bezigen. En toch is dit bij ons zoozeer regel geworden en gebleven, dat het bijna schijnt, alsof de zaak anders niet tot haar regt zou kunnen komen. Waarom toch en waartoe? Is het omdat ons woord niet met noodwendigheid doet denken aan datgene wat bedoeld wordt, en de gedachte aan iets anders niet onmogelijk maakt, dan mag toch zeker gevraagd worden, of dit met negotiorum gestio zoo geheel anders is, en of van het gebruik eener eigen uitdrukking behoort af te schrikken, wat bij de vreemde volstrekt niet hindert. Is het uit weerzin tegen zaakwaarnemers en zaakwaarnemerij, dan zij opgemerkt, dat zaakwaarneming niet is de naam van

hierbij opmerken, dat in die uitdrukkingen juist de daad van den waarnemer op den voorgrond treedt, die het initiatief neemt en niet door een ander of door eene vreemde oorzaak in beweging is gebragt; in tegenstelling b.v. van lastgeving, die, al moet ook de lasthebber zelfs reeds tot het ontstaan der betrekking medewerken, toch pleegt uit te gaan van den lastgever en werkt ten gevolge van zijne daad, en waarhij het woord zelf reeds in de eerste plaats aan hem doet denken.

Die zaakwaarneming is de bron of oorzaak der verbindtenis, waarover in art. 1390—1394 gehandeld wordt, en waarbij aan beide zijden verpligtingen kunnen bestaan. Die verbindtenis ontstaat door de zaakwaarneming, uit kracht der wet, waarin zij haren onmisbaren grond vindt. Vraagt men naar een naderen grond, die ook de reden der wettelijke erkenning genoemd zou kunnen worden, dan zou ik zwarigheid maken daarvoor eene veronderstelde toestemming der beide partijen aan te wijzen, omdat de gedachte aan een quasi-contract mij daartoe niet leiden kan, en eene veronderstelling, die zeker gegrond maar ook even goed ongegrond zijn kan, mij voorkomt een zwakke grond voor iets anders te zijn. Ook zou ik niet willen wijzen op de billijkheid, die eischt dat niemand op kosten van een ander wordt bevoordeeld; hierdoor zou althans ook slechts de eene zijde der verbindtenis verklaard worden. Het komt mij voor, dat de erkenning van deze door de wet eene natuurlijke en voldoende verklaring vindt in het maatschappelijk belang, 'twelk er door gebaat kan worden, wanneer ook zonder lastgeving de zaken van den een door een ander waargenomen kunnen worden, en beider regten en verpligtingen daarbij naar behooren geregeld zijn. In allen gevalle hebben wij, naar ik meen, aan ééne verbindtenis

dat bedrijf, en dat, zoo dit woord al aan eene daartoe behoorende werkzaamheid kan doen denken, het verband waarin het voorkomt van zelf alle onzekerheid uitsluiten zal. Is het enkel uit lust om vreemde, met name latijnsche woorden te bezigen, dan kan, dunkt mij, ook hier het doel het middel niet heiligen. En het komt mij voor, dat van de wetenschappelijke waarde van het gebruik dier vreemde termen in plaats van eigene vrij wel hetzelfde geldt wat hierboven, bl. 8, van de uitdrukkingen quasi ex contractu enz. is gezegd.

te denken, voortspruitende uit ééne bron en rustende op éénen grond, al sluit zij regten en verpligtingen in voor beide partijen; en acht ik het ongepast haar in tweeën te splitsen, en in de bepaling van art. 1388, of in art. 1370 C. N., tot aanwijzing van verschillende bronnen of gronden daarvoor aanleiding te vinden (1). En de bepalingen omtrent zaakwaarneming zelve leiden daartoe niet.

De wet erkent als gevolg van zaakwaarneming eene verbindtenis. Deze veronderstelt twee partijen; en wie dat zijn, is niet twijfelachtig, de vraag kan alleen zijn, hoe men ze zal noemen. Hij, door wien de zaak van een ander wordt of is waargenomen, kan gevoegelijk als de waarnemer worden aangeduid (art. 1392*b*, 1393), gelijk hij dat ook werd als negotiorum gestor, of eenvoudig gestor. De ander werd tegenover hem gesteld als negotiorum dominus, of enkel als dominus, terwijl ook de C. N. in art 1372 bij herhaling spreekt van le propriétaire, in art. 1373 en 1375 van le maître. Dit is echter voor ons geen reden om hem ook den eigenaar of den meester te noemen; en het is geloof ik moeijelijk te ontkennen, dat die namen wel eens tot verkeerde voorstellingen en eene niet bedoelde beperking aanleiding kunnen

---

(1) DEMOLOMBE, XXXI, n. 47, stelt tegenover elkander de verpligting der eene en die der andere partij, en meent, que ces deux obligations dérivent, chacune, d'une cause différente: l'une, l'obligation du gérant, du quasi-contrat de gestion d'affaires, l'autre, l'obligation du maître, de l'autorité seule de la loi. En hij motiveert zijne meening aldus: Tel nous parait être le résultat de la classification nouvelle que le législateur de notre code a faite des engagements qui se forment sans convention. Il n'y a aujourd'hui de quasi-contrat que celui qui résulte d'un fait volontaire de l'homme; or, dans la gestion d'affaires, il n'y a de fait volontaire que de la part du gérant; donc, il n'y a que le gérant qui soit obligé par un quasi-contrat. Et le maître? Le maître, lui, n'a eu, dans l'opération, qu'un rôle passif; il n'a pas agi; il n'y a eu, de sa part, aucun fait; or, les obligations qui ne dérivent pas d'un fait volontaire de l'homme n'ont pour cause que l'autorité seule de la loi. Telle est en effet, la vraie cause de l'obligation du maître. Aan zoodanige gevolgtrekking uit art. 1370 C. N. zal de wetgever vermoedelijk niet gedacht hebben.

geven (1), waarvoor geene vrees bestaat, wanneer men spreekt van dengene wiens belang wordt waargenomen. Maar deze, die dus een belang heeft dat waargenomen wordt, kan daarom, dunkt mij, ook gevoegelijk de belanghebbende genoemd worden. En al kan men op verschillende wijzen en in verschillende opzigten een belanghebbende zijn, gelijk in het algemeen, zal ook hier het verband de noodige bepaling medebrengen; en waar de belanghebbende tegenover den waarnemer gesteld wordt, of in verband met zaakwaarneming van den belanghebbende wordt gesproken, zal het voor niemand twijfelachtig zijn, wie of wat met dit woord bedoeld is.

De verbindtenis ontstaat, onafhankelijk van den wil der partijen, ten gevolge van het feit, als gevolg waarvan zij door de wet erkend is. Dat feit kan buiten den belanghebbende om plaats hebben, en brengt daarom even goed het daaraan door de wet verbonden gevolg te weeg. En de waarnemer heeft zeker wel het feit gewild en daarom verrigt, maar of hij zich ook bewust was dat daaruit voor hem eene verbindtenis zou ontstaan, of hij ook deze, die zeker niet het doel was zijner daad, gewild heeft, doet niet af, zij is daarom even goed uit kracht der wet het gevolg zijner daad. En waarvan zij een gevolg is, en onder welke omstandigheden, hangt voor ons af van de bepalingen der wet. Al komt het ons voor, dat deze daarin te kort is geweest en te weing heeft bepaald, dan kunnen wij hare regeling afkeuren, maar mogen wij haar niet aanvullen

---

(1) Vandaar eene aanmerking, indertijd naar aanleiding eener uitdrukking van het ontwerp gemaakt; zie VOORDUIN, V, bl. 75; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 529. OPZOOMER, B, VI, bl. 191, n. 1, noemt die aanmerking eene „recht domme"; ik geloof, ten onregte. De gewraakte uitdrukkingen werden echter ook verdedigd door Mr. L. J. BOUMAN, in *Themis*, 2, V, bl. 21 en v.; Mr. J. R. A. ENGELENBERG (die eerst gaf eene *Akad. proeve over de leer der negotiorum gestio in het Romeinsche recht*, en daarna behandelde *De negotiorum gestio naar de Fransch-Nederl. wetgeving*, in *N. Bijdr. v. R. en W*, XI, bl. 116 —161), hier bl. 117, n. 1. Anders *N. Bijdr.*, VIII, IX, bl. 356 en v.

of veranderen, en zoo de zaak laten afhangen van iets waarvan de wet haar niet afhankelijk heeft gesteld (1).

De wet veronderstelt in art. 1390*a*, dat „iemand vrijwillig, zonder daartoe last te hebben bekomen, eens anders zaak met of zonder deszelfs weten waarneemt".

Wat die zaak betreft, in gelijken zin spreekt art. 1829 in de bepaling van lastgeving van: eene zaak te verrigten. De Fransche tekst van art. 1417 en v. Wetb. van 1830 spreekt, even als de C. N. in art. 1372 en v., van l'affaire. En blijkbaar wordt met die woorden hetzelfde bedoeld als met de belangen, waarvan in art. 1390*a*, 1391 en 1393 gesproken wordt. Het doet daarbij niets af, dat de wet het woord „zaak" in 't enkelvoud gebruikt en van belangen in het meervoud spreekt; wat zij zegt geldt gelijkelijk, hetzij hetgeen verrigt wordt één of meer onderwerpen betreft, in eene enkele, of in meer, of in eene reeks van opvolgende handelingen bestaat (2), alleen is de omvang der zaakwaarneming, en van het gevolg dat zij te weeg brengt, daaraan geëvenredigd. Wij kunnen voorts opmerken, dat, gelijk in art. 1390*a* en elders van waarnemen, waarnemer, waarne-

(1) DEMOLOMBE, XXXI, n. 53, acht het onmogelijk de n'être pas frappé du laconisme de notre code, en ce qui concerne les quasi-contrats, et de l'évidente insuffisance des textes qu'il y consacre; en voegt er bij: Or, en cet état, il est très vraisemblable qu'il a entendu que l'on devrait, par analogie, se référer aux règles générales qui gouvernent les contrats avec lesquels les quasi-contrats présentent le plus de ressemblance. Maar onze Nederlandsche wet, die van geen quasi-contracten weten wil, geeft tot zoodanige redenering geen de minste aanleiding. En heeft onze zaakwaarneming niet alleen van alle uit overeenkomst ontstane betrekkingen de meeste, maar ook werkelijk veel gelijkenis met lastgeving, bezwaarlijk zal men uit de hiervoor geldende regelen veel omtrent haar wezen en hare vereischten kunnen afleiden, die nu eenmaal geheel anders zijn; terwijl wel omtrent de verpligtingen van den waarnemer, maar ook alleen daarvoor, uitdrukkelijk naar de bepalingen omtrent lastgeving wordt verwezen.

(2) Zoo merkte reeds ULPIANUS op: negotia sic accipe; sive unum sive plura; zie l. 3 § 2 D. de negotiis gestis (III, 5). Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 192, n. 1.

ming, zoo ook in art. 1391 en v. van beheer wordt gesproken, terwijl de Fransche tekst van het Wetb. van 1830, even als de C. N., hiervoor spreekt van gérer en van gestion. En terwijl het onderwerp der waarneming van verschillenden aard kan zijn, is dit eveneens het geval met de werkzaamheid waarin zij bestaat.

Die werkzaamheid moet vrijwillig plaats hebben. Art. 1390 spreekt hiervan, niet om het geval van dwang uit te sluiten, hiervoor zou evenveel reden bestaan hebben ten aanzien van bedrog of dwaling als van geweld of dwang; maar in den zin van onverpligt, uit eigen wil, zonder daartoe last te hebben bekomen, zoo als de wet er uitdrukkelijk bijvoegt (1), en zonder daartoe in eenige betrekking, als voogd enz., verpligt te zijn, wat er met evenveel regt bijgevoegd had kunnen worden. (2) De handeling kan anders evenzeer geldig zijn en gevolgen hebben, maar is dan niet de hier bedoelde zaakwaarneming, door de hiervoor bestaande bepalingen beheerscht; gelijk er geen huur en verhuur is, wanneer eene zaak om niet ten gebruike wordt afgegeven, en geen bruikleening, wanneer dat niet om niet geschiedt.

Met betrekking tot lastgeving zij hierbij nog het een en ander opgemerkt. Wanneer de waarnemer ten onregte meende, dat hem een last gegeven was, wordt door dien verkeerden waan niet belet, dat hetgeen hij tot uitvoering van dien vermeenden last dacht te doen, als zaakwaarneming beschouwd moet worden. Wanneer er feitelijk zoodanige handeling plaats heeft gehad, maar die om eenige reden van onwaarde, of nietig-verklaard en dien ten gevolge nietig is, dan vervalt daardoor niet wat tot uitvoering van den last geschied is, en verliest dit ook niet alle beteekenis voor de regtsbetrekking tusschen de partijen, maar dan is het als zaakwaarneming te beschouwen en naar de daarvoor bestaande bepalingen te beoordeelen, omdat dit door geen

---

(1) Art. 1372 C. N. zegt eenvoudig: volontairement; art. 1417 Wetb. v. 1830 enkel: zonder daartoe last te hebben bekomen; ons art. 1390 voegt het een bij het ander.

(2) Verg. ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, bl. 126 en v.; OPZOOMER, B. VI, bl. 197.

lastgeving wordt belet. Wanneer er lastgeving bestaat, maar niet eene algemeene, tot alle zaken van den lastgever betrekkelijk (art. 1832), kan de lasthebber wel ook andere zaken van den lastgever waarnemen bij wijze van zaakwaarneming, en wordt deze niet verhinderd door de lastgeving, die niet hetzelfde maar iets anders betreft. Zelfs wanneer een lasthebber buiten den hem gegeven last is gegaan, kan zijne werkzaamheid voor zoo ver als zaakwaarneming beschouwd, en naar de daarvoor bestaande wetsbepalingen beoordeeld worden (1).

Als men aanneemt, dat lastgeving niet enkel uitdrukkelijk maar ook stilzwijgend kan geschieden, en dat een last niet alleen, gelijk de wet in art. 1830*b* zelve zegt, stilzwijgend aangenomen, maar ook aldus gegeven kan worden, dan kan men aanleiding vinden tot de vraag, of er aan lastgeving of aan zaakwaarneming gedacht moet worden, wanneer degene, wiens zaak wordt waargenomen, daarvan kennis draagt en zich daartegen niet verzet. Terwijl daarover verschillend wordt gedacht (2), komt het mij voor, dat zij in het algemeen in laatstgenoemden zin beantwoord moet worden. De wet erkent blijkens art. 1390*a* zaakwaarneming, hetzij iemands zaak met of zonder zijn weten wordt waargenomen. Dat hij daarvan kennis draagt, belet dus niet aan zaakwaarneming te denken. Maar dan kan dit bezwaarlijk anders worden door de omstandigheid, dat hij, met hetgeen geschiedt bekend zijnde, zich niet daartegen verzet; de wet

(1) Verg. bij het bovenstaande POTHIER, *du mandat*, n 177; DURANTON, XIII, n. 645 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 441, bl. 75 en n. 8; TROPLONG, *du mandat*, n. 74 en v.; LAROMBIÈRE, op art. 1372 en v., n. 3; DEMOLOMBE, XXXI, n. 67—72. OPZOOMER, B, VI, bl. 197 en v., n. 4, ten aanzien van het laatste van eene andere meening zijnde, zegt aan 't slot niet goed te begrijpen, wat de bedoeling is van de daar uit mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VI, n. 609, naar het heet overgenomen woorden. Kan dit misschien een gevolg daarvan zijn, dat het woord *wils*bepalingen, in plaats van *wets*bepalingen zoo als in mijn werk staat, niet aan een drukfout, maar aan eene andere vergissing moet worden toegeschreven?

(2) Verg. o. a. ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, t. a. p., bl. 117 en v.; LAROMBIÈRE, op art. 1372 en v., n. 12.

heeft hieraan zoodanig gevolg niet verbonden, en zonder eenige nadere bepaling deswege zal men bezwaarlijk kunnen zeggen, hoe veel of weinig tijd er tusschen de bekendwording en het verzet, die toch wel niet op hetzelfde oogenblik kunnen plaats hebben, verloopen mag, zonder dat de werkzaamheid een ander karakter aanneemt. Die werkzaamheid, als zaakwaarneming begonnen, zal daarom, als er niets anders tusschen beiden komt, niet alleen voor hetgeen aan de bekendwording vooraf ging, maar ook voor hetgeen daarop volgt, zaakwaarneming blijven. En dit zal ook het geval zijn, wanneer de belanghebbende terstond bij het begin der waarneming daarvan kennis draagt. Er is ook dan zaakwaarneming, wanneer de waarnemer vrijwillig, zonder opdragt of roeping, zich de zaken van den belanghebbende heeft aangetrokken, hetzij deze er kennis van draagt of niet. Het zal slechts anders zijn, wanneer de waarnemer door hetgeen hij deed uitvoering gaf aan eene, op welke wijze dan ook gedane, opdragt. Alles komt hierop aan, of de eene partij een last gegeven heeft, tot uitvoering waarvan door de andere wordt gehandeld, dan of de handeling van deze is uitgegaan, en gene er al of niet kennis van draagt, maar daartoe geen opdragt gegeven heeft (1).

Er moet eens anders zaak zijn waargenomen, niet van den waarnemer zelven. Doch wanneer zij dezen mede aangaat, als medeëigenaar, medeërfgenaam enz., is zij niet de zijne, is zij even goed die der anderen, en de handeling voor zóó ver wel degelijk als zaakwaarneming te beschouwen. Maar daartoe moet er dan ook een gemeenschappelijk belang waargenomen zijn; leg ik een dijk, om het water van mijn erf af te weren, en komt die dijk ook mijn nabuur te stade, dan ligt in hetgeen ik voor mij zelven doe niet tevens eene zaakwaarneming voor dien nabuur opgesloten, die zelf dien aanleg ook zoo min bewerkstelligen als beletten kon (2).

Het is daarbij niet noodig, dat de waarnemer weet, wiens

---

(1) Verg. hierbij o. a. ENGELENBERG, t. a. p.; LAROMBIÈRE, op art. 1372 en v., n. 13 en v.; LAURENT, XX, n. 311.

(2) Verg. DEMOLOMBE, XXXI, n. 103.

belang hij waarnam. Het geldt hier noch werkelijk noch als het ware eene overeenkomst; er moet niet met, maar enkel voor een ander gehandeld zijn. En als de waarnemer meende te handelen voor A, terwijl de zaak inderdaad B aanging, of ook wanneer hij zelfs niet giste, wiens belang hij zich aantrok, maar eenvoudig handelde, omdat hij begreep dat er gehandeld moest worden, zoo nam hij toch de zaak van een ander waar; want het was de zijne niet, en wat hij deed viel daarom even goed in de termen van art. 1390. En dit is eveneens het geval, wanneer hij handelde in de verkeerde meening, dat hij zijn eigen zaak waarnam (1), doordien hij b.v. zich als den erfgenaam van een overledene beschouwde, terwijl daarna een ander zich als den erfgenaam doet kennen; hij heeft dan door hetgeen hij voor zich meende te doen de zaak van dien ander waargenomen, en volgens de wet komt het enkel daarop aan, en niet op het motief waarom, of de bedoeling waarmede het is geschied. Wel veronderstelt zij, dat het vrijwillig geschiedt; maar wanneer dit eenvoudig beteekent, dat het geen gevolg van lastgeving zijn moet, dan is mij niet duidelijk, hoe aan dat woord in dezen eenig gewigt gehecht kan worden, en wat met grond aanleiding kan geven tot het geloof, „dat niemand uit de woorden: hij heeft vrijwillig de zaken van een ander waargenomen, iets anders zal opmaken, dan dat hij ook geweten heeft, dat het de zaken van een ander waren" (2). Wanneer wij het

---

(1) Verg. MARCADÉ, V, bl. 252 en v., op art. 1375, n. III. Anders echter OPZOOMER, A, III, bl. 47 en v., 2e uitg., II, bl. 99 en v., B, VI, bl. 193 en v.; LAURENT, XX, n. 324.

(2) Verg. OPZOOMER, t. a. p., B, bl. 193 en v., met 191, onder, en 197. — Wanneer die schrijver verder, op bl. 194, zegt: „Er moeten zaken van een ander zijn — waargenomen. Niet op de gevolgen wordt hierbij onze aandacht gevestigd, maar op de daad zelve, die de grond is der verbintenis. De waarneming moet de band zijn tusschen de twee partijen; waar zij verricht is, daar is de verbintenis geboren. Heeft iemand dus, meenende zijn eigen zaken waar te nemen, die van een ander waargenomen, aan wien hij niet dacht, wien hij volstrekt geen voornemen had aan zich te verbinden, of aan hem verbonden te worden, dan is er geen negotiorum gestio", — dan zou ik aan het

begrip van zaakwaarneming moeten bepalen naar hetgeen de wet er van zegt, zonder ons daarbij te laten leiden door eigen beschouwingen omtrent het meer of minder gepaste van hetgeen men meent dat daaruit volgen zou, dan is, geloof ik, de zaak weinig twijfelachtig; en ik betwijfel zeer, of het wel aannemelijk geacht zal worden, dat hij, die meende zijn eigen belangen waar te nemen, zoodra hij verneemt dat het niet zijne maar eens anders zaak betrof, volstaan kan met zich voortaan daarvan te onthouden, en geregtigd is eenvoudig het werk zijner handen te laten varen.

Zaakwaarneming kan, gelijk art. 1390*a* uitdrukkelijk zegt, met of zonder weten van den belanghebbende plaats hebben. Ook tegen zijnen wil? Door velen wordt deze vraag ontkennend beantwoord (1), ik vind daarvoor echter geen wezenlijken grond. Het „quasi ex contractu" moest men, dunkt mij, bij ons hierbij niet ter sprake willen brengen; en als eene verbindtenis gezegd wordt quasi ex contractu te ontstaan, omdat zij niet ontstaat

---

slot dier redenering, in plaats van dit „geen", eerder: *evenwel* verwacht hebben. En wanneer daarop volgt: „De handeling kan geen band leggen tusschen twee partijen; de zaakwaarnemer kende, dacht aan geen ander. Er was alleen betrekking van zijn persoon, niet op een anderen persoon, maar op de zaak, die hij de zijne rekende. En keert nu die zaak tot haar wettigen eigenaar terug, wat rechtsverbintenis zou zij kunnen knoopen tusschen hem en haar vorigen bezitter?" — dan zou ik willen vragen, of hier niet op bedenkelijke wijze gebruik gemaakt wordt van het woord „zaak", en hoe het gezegde rijmt met het voorafgaande, dat niet op de gevolgen onze aandacht gevestigd wordt, maar op de daad zelve, die de grond is der verbindtenis.

(1) Met hen stemde ook ik in, in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VI, n. 612. Zoo voorts OPZOOMER, B, VI, bl. 199—203; ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, bl. 131 en v.; *N. Bijdr v. R. en W.*, VIII, IX, bl. 357 en v.; H. R. 19 Maart 1852, *W.* 1328, *N.R.B.*, II, bl. 161 en v.; TOULLIER, XI, n. 55; DURANTON, XII, n. 19, XIII, n. 653; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 441, bl. 76 en n. 10; DEMOLOMBE, XXXI, n. 88 en v. Anders BOUMAN, t. a. p., bl. 26 en v.; MARCADÉ, V, bl. 253, op art. 1375, n. IV; TROPLONG, n. 75 en v.

ex delicto (1), wat wint men er dan mede, zoo men het evenwel doet? Dat het geheele privaatregt rust op den wil, en in mijn eigen zaken slechts mijn eigen wil heeft te heerschen, niet die van een anderen privaatpersoon, aan wien ik door geen enkele regtsbetrekking onderworpen ben, dit kan, ook wanneer men het in het algemeen wilde toestemmen, bezwaarlijk een grond opleveren voor de stelling, dat, waar iemand tegen mijnen wil zich met mijne zaken bemoeit, dit naar de wet geen zaakwaarneming is; en een beroep op art. 625, 'twelk den eigenaar het regt toekent om over zijn goed op de volstrektste wijze te beschikken, is, dunkt mij, voor het minst bedenkelijk te achten. De opmerking is voorts, geloof ik, noch onjuist noch overbodig, dat het weinig afdoet, welke namen men aan den vreemde verkiest te geven, en dat het er niet bepaaldelijk voor het belang van dezen op aan komt, of zijne werkzaamheid al dan niet als zaakwaarneming beschouwd zal worden, en deze qualificatie niet enkel dienen zal om hem aanspraak te geven op vergoeding van aangewende kosten enz. En men bedenke, dat de vraag niet moet zijn, wat iemand zich al of niet kan voorstellen dat de wetgever kan bedoeld hebben, maar wat uit zijne bepalingen volgt of afgeleid moet worden. Deze nu zeggen niet, dat zaakwaarneming slechts met, althans niet tegen den wil van den belanghebbende kan bestaan; en wanneer wij ons houden aan hetgeen art. 1390*a* er van zegt, dan zullen wij in het eene zoowel als in het andere geval zaakwaarneming moeten erkennen. En mogt iemand daartegen een bezwaar meenen te vinden in de bepaling van art. 1850, waar uitdrukkelijk de bevoegdheid van den lastgever is erkend om den last en de volmagt te herroepen, dan bedenke hij, dat daardoor de lasthebber enkel ophoudt lasthebber te zijn, dat hij daardoor niet belet wordt verder werkzaam te blijven, maar zijne werkzaamheid nu juist het karakter van zaakwaarneming zal erlangen.

Het komt mij dan ook geheel onaannemelijk voor, dat voor zaakwaarneming en de toepasselijkheid der daarvoor bestaande

(1) Zie hierboven, bl. 8, n. 2.

bepalingen noodig zijn zou, dat de belanghebbende afwezig ot anders buiten staat moet zijn, om òf zelf zijne zaken te behartigen, òf dit aan een ander op te dragen (1). Ook dit is geheel buiten de wet, die, al zegt zij in art. 1390*a*, dat de waarnemer met de waarneming moet voortgaan totdat de belanghebbende in staat is zelf in de zaak te voorzien, daarmede niet te kennen geeft, dat hij daarmede niet langer mag voortgaan, en er anders zelfs niet mede had mogen beginnen. En men mag toch ook vragen, of hij, die meende dat de belanghebbende afwezig was of buiten staat om zelf te zorgen, of die zich de zaak dringender voorstelde dan zij werkelijk was, en daarom optrad, daardoor verdient een indringer genoemd en als zoodanig afgewezen te worden.

Zoodanige zaakwaarneming heeft eene regtsbetrekking, eene verbindtenis ten gevolge tusschen den waarnemer en den belanghebbende. Die verbindtenis brengt verpligtingen mede aan beide zijden, die wel zijn van verschillenden aard, maar beide evenzeer uit de zaakwaarneming voortvloeijen, en dat gelijkelijk doen op grond der wet. Zoo ontstaat ook uit een koopcontract eene verbindtenis tusschen den kooper en den verkooper, die voor de wederzijdsche partijen verschillende verpligtingen medebrengt; en zoo men die al voor den een aan zijnen koop en voor den ander aan zijnen verkoop kan toeschrijven, koop en verkoop behooren zoodanig bijeen, dat de eene zonder den anderen niet denkbaar is, en zij te zamen ééne handeling uitmaken, waarvan de gevolgen voor beiden gelijkelijk kunnen worden toegeschreven aan hetgeen de een als aan hetgeen de ander daartoe bijdraagt. Bruikleening is eene enkelvoudige benaming, maar veronderstelt ook eene gemeenschappelijke handeling van leener en uitleener, terwijl de een niet van den ander leenen kan, zonder dat deze uitleent aan genen. Daaruit ontstaat ook eene verbindtenis, die voor beiden verschillende verpligtingen

(1) Zie OPZOOMER, B, VI, bl. 203; ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, bl. 124 en v.; verg. ook SCHÜLLER, op art 1390 B.W. — Anders ook VERNEDE, op art. 1393 B.W.; Amsterdam, 27 November 1839, *W.* 69, *R. B.*, II, 33—37.

medebrengt, welke voor beide uit de bruikleening voortvloeijen, en niet bepaaldelijk voor elke der partijen uit hetgeen zij daartoe heeft bijgedragen; en zal de verpligting van den uitleener zich eerst vertoonen, wanneer de omstandigheden haar in het leven doen treden, waar dit het geval is, vloeit zij toch niet uit die omstandigheden voort, maar is ook zij een gevolg der bruikleening zelve. Bij zaakwaarneming hebben wij geene werkzaamheid van twee personen, maar enkel die van één, den waarnemer; doch A kan geen zaak van B waarnemen, zonder dat die van dezen door hem waargenomen wordt, en zoo hebben wij hier toch ook met twee partijen te doen. Ook hier ontstaat tusschen die beiden eene verbindtenis uit de zaakwaarneming, die wel alleen door de eene partij, maar toch ten aanzien eener zaak van de andere wordt verrigt. En al treedt de verpligting van deze slechts onder zekere omstandigheden te voorschijn, waar dit het geval is, ontstaat ook zij niet uit deze, maar uit de zaakwaarneming, en als bestanddeel der daaruit voortgevloeide verbindtenis (1).

Die verbindtenis vloeit voort uit de zaakwaarneming. Niet uit eene overeenkomst, die, noch inderdaad, noch als het ware bestaat, die zelfs verondersteld wordt niet te bestaan, maar uit de zaakwaarneming. En deze is geen overeenkomst, noch inderdaad, noch als het ware, zij is geen regtshandeling, maar een feit, en bestaat in eene handeling of eene reeks van handelingen, door den waarnemer vrijwillig verrigt of ondernomen; die eenvoudig een bron van verbindtenis wordt, doordien de wet daaraan zoodanig gevolg heeft gehecht. En zoo die zaakwaarneming ons al gereedelijk kan doen denken aan lastgeving, maar dan toch eigenlijk óok slechts aan de uitvoering daarvan, dit heeft geen invloed op haar wezen en hare werking, ook als bron van verbindtenis. Op zich zelf is dit zeer eenvoudig en natuurlijk, zoodat men zelfs zou kunnen betwijfelen, of het wel opgemerkt en uitgedrukt verdient te worden. Maar zoolang men

---

(1) Tot het bovenstaande vond ik aanleiding in de redenering van DEMOLOMBE, XXXI, n. 47, waarop hierboven, bl. 13, n. 1, is gewezen.

voortgaat met van quasi-contracten te spreken en van verbindtenissen quasi ex contractu, zal het ook noodig zijn gedurig op de werkelijkheid te wijzen, om daardoor tegen te gaan, dat stellingen, van elders ontleend, worden overgebragt op de zaakwaarneming als bron van verbindtenis.

Vloeit deze uit het feit der zaakwaarneming voort, en niet uit eene regtshandeling, dan komt het er ook niet op aan, of bij partijen de wil bestond om zich te verbinden, en of zij al dan niet bekwaam waren zulks te doen.

Wat vooreerst den wil betreft, die van den belanghebbende behoeft zeker niet in aanmerking te komen; hij heeft geen opdragt tot de zaakwaarneming gegeven, deze heeft met of zonder zijn weten plaats (art. 1390*a*), en gaat buiten hem om. Zoo is het met den waarnemer niet gelegen, maar toch is ook zijn wil vreemd aan de verpligting, die de wet hem oplegt (1). Wel is er gewezen op den actieven vorm, waarin daarvan wordt gesproken, daar hij volgens art. 1390 zich verbindt enz., en zich onderwerpt enz.; maar dit laat zich te gereedelijk daaruit verklaren, dat zijne verpligting een gevolg is van zijne daad, dan dat daaruit zou mogen worden afgeleid, dat hij zich door zijnen wil verbindt. Men kan in het algemeen aannemen, dat hij iemands zaak heeft willen waarnemen, en aan dien wil toeschrijven dat hij het deed, maar men kan daarom niet ook stellen, dat hij de verpligtingen gewild heeft, die volgens de wet daaruit voortvloeijen; uit zijne daad blijkt niet, dat hij daarbij aan die verpligtingen gedacht heeft, noch ook, dat hij ze heeft gekend. Of hij ze gekend en daaraan gedacht heeft, doet voor die verpligtingen ook niet af, omdat de wet ze geheel onafhankelijk daarvan aan zijne daad heeft verbonden; maar nu zullen ze dan toch ook aan zijne daad, en niet aan zijnen wil moeten worden toegeschreven. Die door eene onregtmatige daad mij nadeel toebragt, is verpligt mij dit te vergoeden. Hij heeft misschien die daad willen verrigten, misschien ook mij dat nadeel willen toebrengen, en nu vloeit hieruit tusschen hem en mij eene verbindtenis voort. Misschien wist hij dat niet, of

---

(1) Anders echter OPZOOMER, B, VI, bl. 204—206.

dacht hij er niet aan, of vertrouwde hij dat zijne schuld wel geheim zou blijven, of wilde hij de daad verrigten, wat er ook van komen mogt, maar zeker was het hem niet om die verbindtenis te doen; deze bestaat echter uit kracht der wet, die haar als gevolg aan zijne daad verbonden heeft, onafhankelijk van zijnen wil, en men zal van hem niet met grond kunnen zeggen, dat hij zich door zijn wil verbond. En zoo is het ook hier.

Maar zoo komt het er ook niet op aan, of de partijen volkomen bekwaam zijn om zich te verbinden. In art. 1390—1393 is daarvan dan ook geen sprake. De wet bepaalt daar, dat uit zaakwaarneming voor de partijen zekere verpligtingen ontstaan, maar maakt die van geen bekwaamheid afhankelijk; en als zij zonder nadere bepaling dat gevolg verbindt aan die oorzaak, wat kan ons dan het regt geven om het te beperken, door de werking van dat gevolg te laten afhangen van eene door de wet niet gestelde voorwaarde? Het onvoldoende van den wil der verbonden partijen kan niet afdoen, waar hare verbindtenis niet voortvloeit uit haren wil. Heeft de wet, die in art. 1365 zegt, dat ieder bevoegd is om verbindtenissen aan te gaan, indien hij daartoe niet door de wet onbekwaam is verklaard, in art. 1366 bepaald, dat minderjarigen en die daar verder worden aangeduid onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan, wij hebben hier met geene overeenkomst als bron der verbindtenis te doen. En vindt men bij ons nog altijd goed van een quasi-contract te spreken, omdat de Franschen spreken van een quasi-contrat, naar aanleiding van bepalingen van den C. N. die onze wetgever niet heeft overgenomen, of van eene verbindtenis quasi ex contractu, omdat de Romeinen daarvan spraken in verband met eene onderscheiding van hoogst bedenkelijke waarde, men erkent daardoor zelf, dat we hier geen overeenkomst hebben, maar verzuimt aannemelijk te maken, dat, hetgeen de wet van deze zegt, door middel van die uitdrukkingen ook toepasselijk wordt op iets dat geen overeenkomst is. Er is dus zaakwaarneming, en wat de wet daaromtrent bepaalt zal toepasselijk zijn, hetzij de partijen al of niet behooren tot degenen die onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te

gaan; en dit geldt aan zijde van den belanghebbende (1), maar ook aan zijde van den waarnemer (2).

Uit zoodanige zaakwaarneming nu ontstaan verpligtingen, aan zijde zoowel van de eene als van de andere partij.

Wat vooreerst den waarnemer betreft, volgens art. 1390*a* verbindt hij zich daardoor stilzwijgend, en is hij dus, zonder zich uitdrukkelijk tot iets verbonden te hebben, door hetgeen hij deed van zelf verpligt (3), om de waarneming voort te zetten en te voltooijen, tot dat degene wiens belangen hij waarneemt in staat zij om in die zaak zelf te voorzien.

Die eens anders zaak waarneemt, behoeft daarom niet ook andere zaken van dien persoon waar te nemen, al hebben deze ook evenzeer of zelfs nog meer behoefte aan voorziening. Maar wel wordt in art. 1390*b* uitdrukkelijk gezegd, dat hij zich insgelijks belasten moet met al hetgeen tot die zaak behoort. Doch wat wil dit zeggen? Art. 1372*a* C. N. zegt, dat il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire, en de Fransche tekst, zoo van art. 4 van het ontwerp als van art. 1417 Wetb. van 1830, stemde daarmede overeen. De vertaling van den Code sprak van al hetgeen tot die zaak in eenige betrekking staat, wat zeker nog meer omvattend was. Het ontwerp had hiervoor: al hetgeen van die zaak eenigszins afhankelijk is; bij eene nieuwe redactie werd dit veranderd in: al hetgeen op die zaak eenige betrekking heeft, en zoo luidde het in het Wetb. van 1830; doch de latere herziening gaf daarvoor in de plaats: al hetgeen tot de zaak behoort, en leidde hierdoor weer tot meerdere beperking. Wanneer wij nu daarbij in het oog houden, dat die zaak niet is eenig voorwerp, eene roerende of onroerende zaak, maar het belang, datgene wat de waarnemer zich heeft aangetrokken, gelijk ons ook het Fransche „affaire" daarop wijst, dan mogen wij dit als den zin der bepaling aannemen, dat hij zijne zorgen

---

(1) Natuurlijk, volgens OPZOOMER, B., VI, bl. 206. Verg. o. a. DEMOLOMBE, XXXI, n. 100 en v.

(2) Verg. o. a. ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, bl. 149 en v., 153 en v.

(3) Verg. hierboven, bl. 24.

moet uitstrekken over alles wat er een bestanddeel van uitmaakt of er als een aanhangsel van is, en er zoodanig toe behoort, dat hetgeen hij ondernam niet als voltooid beschouwd kan worden, zoolang niet ook het andere volbragt is (1).

De wet kent den waarnemer geen regt toe om zich door opzegging van zijne taak te ontslaan, zooals een lasthebber dat kan volgens art. 1854*a*, behoudens de nadere bepaling van het tweede lid. Hij moet de waarneming voorzetten en voltooijen enz., art. 1390*a*. En al mogt degene, voor wien hij is opgetreden, intusschen overlijden, waardoor, zoo er lastgeving was, deze zou geëindigd zijn, is hij, gelijk uitdrukkelijk in art. 1391 gezegd is, evenwel verpligt met zijn beheer voort te gaan. Hij kan zich er dus niet van afmaken met te zeggen, dat hij enkel met het oog op een bepaald individu zich met de zaak heeft ingelaten; hij heeft zich de zaak aangetrokken, en zich nu met die zaak belast, ten behoeve van den belanghebbende, maar ook evenzeer van diens erfgenamen.

Hij moet de waarneming voortzetten, volgens art. 1390*a*, tot dat degene, wiens belangen hij waarneemt, in staat is om in de zaak zelf te voorzien, en volgens art. 1391 totdat de erfgenaam het beheer op zich kan nemen. Men kan zeker met grond aannemen, dat voor beide gevallen hetzelfde bedoeld is, zoodat, al zou de belanghebbende ook in de zaak kunnen voorzien, door bij wijze van lastgeving hare waarneming aan een ander op te dragen, de waarnemer toch moet voortgaan totdat gene zelf de zaak kan opvatten. Dat kan deze niet, wanneer hij van de waarneming geen kennis draagt; daarom kan eene kennisgeving, eene aankondiging met tekennengeving van den wensch dat de belanghebbende verder zelf voor de zaak zal zorgen, dienstig zijn; die kennisgeving is dan niet eene opzegging als waarvan met betrekking tot den lasthebber sprake is, niet het middel tot bevrijding, maar eene voorbereiding van datgene wat vrijstellen zal. Dit is echter daaraan niet noodzakelijk verbonden; hij die weet, dat een ander iets voor

---

(1) Verg. MALEVILLE, III, bl. 184 en v.; DURANTON, XIII, n. 659; MARCADÉ, V, bl. 250, op art. 1372 en v., n. I; LAURENT, XX, n. 327.

hem ondernomen heeft, is daarom nog niet in staat dit over te nemen en verder zelf daarvoor te zorgen. En hierop komt het aan. De belanghebbende die, met de waarneming bekend, daartoe in staat is, moet zelf weten, of hij het wil, maar kan door het niet te doen de verpligting van den waarnemer niet doen voortduren; doch deze kan ook niet volstaan met te zeggen: dat heb ik gedaan, voor het verdere moet gij nu zelf zorgen, wanneer de belanghebbende dat niet ook werkelijk zelf kan doen.

Omtrent de wijze van behandeling der zaak zegt art. 1392*a*, dat de waarnemer daarbij de pligten van een goed huisvader moet vervullen; en wat daarmede bedoeld wordt, hebben wij vroeger opgemerkt (1). Hij is niet door den belanghebbende voor die taak gekozen, hij heeft zich daarvoor ook niet aangeboden; hij heeft haar eigenmagtig aanvaard, en mag nu ook wel aansprakelijk zijn voor eene goede waarneming, zelfs wanneer hij in zijne eigene zaken minder zorgvuldig is. Dit toch ligt in art. 1392*a* opgesloten, in verband ook met de vergoeding der kosten, schaden en interessen, welke door schuld of nalatigheid des waarnemers mogten veroorzaakt zijn, waarvan art. 1392*b* spreekt. Wij hebben ook hierbij bepaaldelijk te denken aan het nadeel, dat geleden is doordien de waarnemer niet als een goed huisvader gehandeld heeft, en daaronder ook dat te brengen, 'twelk door toeval of overmagt veroorzaakt is, wanneer de werking hiervan door de zorg van een goed huisvader zou zijn afgeweerd (2). Deze is in het algemeen den waarnemer tot voorbeeld gesteld, en tot maatstaf zijner aansprakelijkheid. Intusschen is in art. 1392*b* bepaald, dat niettemin de regter bevoegd is om die vergoeding te matigen, naar gelang der omstandigheden die den waarnemer tot de waarneming der zaak bewogen hebben. De wet laat den regter geheel vrij in de beoordeeling, of de omstandigheden aanleiding geven tot eene afwijking van den regel, en hoe hij daarom het bedrag der vergoeding zal bepalen. Ik meen daarbij enkel te moeten opmerken, dat zij

---

(1) Verg. hierboven, X, bl. 68 en v.

(2) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 210 en v.

hem alleen veroorlooft de gewone aansprakelijkheid te verzachten, niet ook haar te verzwaren. Een strengeren eisch, dan te handelen als een goed huisvader, stelt het B. W. nergens (1); en terwijl de wet hier den regter bevoegd verklaart om de vergoeding te matigen (2), doet dit woord te zeer als van zelf aan eene verzachting denken, dan dat wij door die bepaling ook eene meerdere gestrengheid geregtvaardigd zouden kunnen achten; en toch zal het regt daartoe zeker bezwaarlijk kunnen worden aangenomen, zonder bepaalden grond ook daarvoor in de wet.

De waarnemer onderwerpt zich voorts volgens art. 1390*c* aan alle verpligtingen, welke hij zou hebben moeten nakomen, ingeval hij bij eene uitdrukkelijke lastgeving was gemagtigd geworden (3); of liever, de wet legt ook hem de verpligtingen op, die in geval van lastgeving op den lasthebber rusten. Dat vloeit niet van zelf daaruit voort, dat hier, wel niet werkelijk, maar toch als het ware lastgeving bestaat; deze bestaat niet, en juist daarom

---

(1) Verg. het gezegde naar aanleiding van art. 1271, hierboven, X, bl. 69.

(2) Art. 1374 C. N. spreekt van modérer les dommages etc. De officiële vertaling had daarvoor het woord: matigen. Desniettemin sprak men bij ons, zoo in art. 6 van het ontwerp, als in art. 1419 Wetb. v. 1830, in den Nederlandschen tekst van: regelen, maar toch in den Franschen weder van modérer (zie VOORDUIN, V, bl. 76; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 178 en v.), en hieruit mag worden afgeleid, dat men de Fransche bepaling wilde overnemen, niet daarvan afwijken. En terwijl nu bij de herziening het woord „regelen" door „matigen" werd vervangen, is er alleszins grond om aan te nemen, dat het laatste juister werd geacht en meer in overeenstemming met hetgeen in navolging van den Code werd bedoeld. Verg. ook OPZOOMER, B, VI, bl. 210; DURANTON, XIII, n. 666.

(3) Dat „gemagtigd" is uit de officiële vertaling overgenomen; art. 1372 C. N. spreekt van un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire, en de Fransche tekst van art. 1417 Wetb. v. 1830 stemt nagenoeg daarmede overeen. Opdragt of lastgeving sluit wel magtiging in, maar is toch iets anders; en waar sprake is van verpligtingen, valt meer aan gene dan aan deze te denken.

hebben we hier zaakwaarneming, te behandelen naar de daarvoor gemaakte bepalingen. Maar in beide gevallen wordt door iemand gehandeld voor een ander; in het eene ten gevolge van en in verband met eene tusschen beiden aangegane overeenkomst, in het ander zonder deze. Doch met of zonder haar, in beide gevallen is de werkzaamheid voor een ander de hoofdzaak; daarom kunnen bepalingen, die voor het eene gemaakt zijn, gevoegelijk ook ten aanzien van het andere gelden, en nu gelden ze ook daarvoor, omdat de wet door hare bepaling ze daarvoor gelden laat. Wij hebben daarbij bepaaldelijk te denken aan den inhoud van art. 1839, 1840 en 1842.

Volgens art. 1842 is de lasthebber van gelden, die hij tot zijn eigen gebruik besteed heeft, van zelf interessen schuldig van het tijdstip waarop hij dat heeft gedaan, en hetzelfde, even redelijk ten aanzien van den waarnemer, geldt nu ten gevolge der bepaling van art. 1390*c* ook voor dezen. Hetzelfde geldt van de interessen der som, die als slot van rekening zal moeten worden uitgekeerd, die eerst bekend zal zijn als de rekening is vastgesteld, doch waarvan de interressen nu niet eerst daarna beginnen te loopen, maar verschuldigd zijn van den dag af waarop hij in verzuim is gesteld. Het onbelegd laten van beschikbare geldsommen verpligt den waarnemer op zich zelf niet tot betaling van interessen, maar kan tot vergoeding aanleiding geven, wanneer hij daardoor verzuimd heeft als een goed huisvader te handelen.

Art 1840 spreekt van het geval, dat een lasthebber voor de uitvoering van zijnen last een ander in zijne plaats heeft gesteld. Van eene toegekende of veronderstelde bevoegdheid daartoe kan ten aanzien van een waarnemer geen sprake zijn. Maar terwijl de lasthebber buiten de uitgezonderde gevallen verantwoordelijk is gesteld voor dengene dien hij voor zich liet handelen, geldt dit nu voor den waarnemer in het algemeen. De bevoegdheid, die art. 1840 in het laatste lid aan den lastgever toekent, ligt buiten den kring van art. 1390*c*, en kan daarom den belanghebbende tegenover den derde, die voor den eigenlijken waarnemer handelde, niet worden toegekend.

Volgens art. 1839 is de lasthebber verpligt rekenschap te

geven van hetgeen hij verrigt heeft, rekening te doen van zijn beheer; en is dit op zich zelf volkomen redelijk, ten gevolge dier bepaling is hij daartoe regtens verpligt. Dit geldt door art. 1390*c* ook voor den waarnemer; en zoo zal nu ook deze overeenkomstig den verderen inhoud van art. 1839, aan den belanghebbende verantwoording moeten doen van al hetgeen hij voor dezen ontvangen heeft, al was het dien ook niet verschuldigd.

Wanneer de waarnemer niet aan zijne verpligtingen voldoet, kan hij deswege aansprakelijk zijn tot vergoeding van kosten, schaden en interéssen. Art. 1392*b* veronderstelt dat, maar spreekt ook bepaaldelijk van kosten enz., welke door schuld of nalatigheid des waarnemers veroorzaakt zijn, en nergens wordt in de wet gesproken van vergoeding van nadeel, 'twelk, zonder dat den waarnemer iets te wijten is, ontstaat doordien het gevolg niet aan de verwachting beantwoordt. En ook waar anders vergoeding te pas kan komen, moet niet elk nadeel dat veroorzaakt is op zich zelf genomen en van de voordeelen die de waarneming heeft opgeleverd afgescheiden worden, maar deze als een geheel worden beschouwd, en alleen het nadeel vergoed, dat die waarneming heeft teweeggebragt en dat niet door haar voordeelige werking wordt opgewogen (1).

Is het nu waar, dat het voor de beoordeeling van de waarneming en hare werking niet aankomt op de vraag, of de waarnemer in het algemeen bekwaam is om te handelen (2), dan zal de verpligting tot vergoeding, waar zij volgens de wet bestaat, op den wasrnemer, die onbekwaam is om zich door overeenkomst te verbinden, b.v. op een minderjarige, desniettemin rusten. En al zou deze als lasthebber, ook blijkens art. 1835, zich tegenover den lastgever op zijne onbekwaamheid kunnen beroepen, hij kan dit daarom niet ook als waarnemer tegenover den belanghebbende. Niet alleen zou hiervoor geen grond bestaan in de wet, maar deze sluit het ook uit door in art. 1483*a* te

(1) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 212 en v.; DURANTON, XIII, n. 673. Zie intusschen ook ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, t. a. p., bl. 141.

(2) Zie hierboven, bl. 25 en v.

zeggen, dat de bepaling van het vorige art. niet toepasselijk is op verbindtenissen, voortvloeijende uit eene daad welke aan een ander schade heeft veroorzaakt. Men dient toch op te merken, dat, terwijl art. 1310 C. N. zegt, dat de minderjarige n' est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit, ons art. 1483*a* spreekt van verbindtenissen, voortvloeijende, niet: uit een begaan misdrijf 'twelk enz., noch: uit een misdrijf of uit eene onregtmatige daad welke enz., maar: uit een misdrijf of uit eene daad, welke aan een ander schade heeft veroorzaakt, zonder te onderscheiden of deze regtmatig is of onregtmatig. — Aan den anderen kant wordt nu intusschen, wanneer de verbindtenis van den waarnemer gelijkelijk werkt, hetzij hij in 't algemeen al of niet bekwaam is om zich te verbinden, daardoor ook de stelling bevestigd, dat het op de bekwaamheid van den waarnemer niet aankomt.

De verpligtingen, die volgens de wet op den waarnemer rusten, zijn hem onvoorwaardelijk opgelegd, zonder nadere bepaling van den aard der waarneming. Terwijl art. 1393 spreekt van de verpligtingen van den belanghebbende, „wiens belangen door een ander behoorlijk zijn waargenomen", is van zoo iets ten aanzien van den waarnemer geen sprake (1). En teregt; hoe de waarnemer zich ook met eens anders zaak mag hebben ingelaten, hij moet, ook wanneer hij dat niet behoorlijk deed, zich daarom niet eenvoudig daaraan kunnen onttrekken, niet vrij zijn van de verpligting om te handelen als een goed huisvader enz. En kan het zijn, dat hij hetgeen hij begon niet moet voortzetten, omdat het ten onregte of verkeerd was begonnen, dan is dat niet omdat zijne waarneming geen waarneming was, of als zoodanig geen verpligtingen voor hem deed ontstaan,

(1) Wij kunnen hier een gelijksoortig onderscheid opmerken, als er bestaat tusschen den eischer en den gedaagde, wanneer zij op den beteekenden regtdag niet in regten verschijnen. Tegen den gedaagde wordt dan verstek verleend, indien de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht genomen zijn; tegen den eischer wordt verstek verleend, zonder dat dit van zoo iets afhankelijk is gesteld; zie art. 75 en 76 W. v. B. R.

maar omdat voortzetting verkeerd zijn zou, en staking hier juist door zijn pligt werd gevorderd.

Maar aan de andere zijde spreekt art. 1393 van verpligtingen van dengene, wiens belangen door een ander behoorlijk zijn waargenomen. En dat vereischte is ook volkomen redelijk; het is alleen de vraag, wat daaronder verstaan moet worden. Art. 1375 C. N. spreekt van l'affaire bien administrée; de vertaling had daarvoor: belangen — behoorlijk — waargenomen. Onze wetgever nam deze uitdrukking over, terwijl hij zich in den Franschen tekst aan den Code hield. Men zal intusschen moeijelijk kunnen zeggen, dat de gebezigde uitdrukkingen, de eene zoowel als de andere, zeer duidelijk en bepaald zijn. Maar misschien ligt juist daarin eene aanbeveling, omdat hier, waar zoo veel aankomt op de bijzondere omstandigheden waaronder eenig geval zich voordoet, de wetgever zich liever van algemeene bindende bepalingen onthouden, en groote ruimte aan het oordeel van den regter overlaten moet. Nu meen ik te moeten opmerken, dat de wet niet spreekt van eene nuttige of voordeelige waarneming, eene waarneming ten voordeele of ten nutte van den belanghebbende, waartoe de wetgever anders, wanneer hij zoo iets had gewild, te eerder aanleiding gehad zou hebben, omdat ook in het Romeinsche regt van utiliter gestum sprake is, maar waaruit dan ook ligt zou kunnen worden afgeleid, dat eene voordeelige werking een vereischte is voor de verpligtingen van den belanghebbende; en dat het nu voor die verpligtingen op de waarneming zelve aankomt, en niet op het succes, dat misschien toevallig daardoor verkregen of gemist is. Verder komt het mij voor, dat het woord „behoorlijk" niet enkel in verband gebragt moet worden met de wijze, waarop de waarneming verrigt en behandeld wordt, maar ook met de waarneming zelve, het feit dat de waarnemer zich met eens anders zaak heeft bemoeid; zoodat er tweeërlei vraag te pas kan komen: heeft hij dat teregt, en: heeft hij dat goed gedaan? Ook omtrent de eerste is natuurlijk de meening van den waarnemer niet afdoende; maar die van den belanghebbende, die als partij tegenover hem staat, of wat deze vermoedelijk gewild zou hebben, is dat ook niet; de regter heeft het te beslissen, zoo noodig na voorlichting van

deskundigen. En voor dezen komt het er niet bepaaldelijk op aan, wat de belanghebbende zelf gewild zou hebben, of vermoed kan worden te hebben gewild (1); er bestaat wel een ander rigtsnoer. Terwijl art. 1392*a* van een goed huisvader spreekt, en art. 1393 van nuttige of noodzakelijke uitgaven, komt het mij voor dat we daarin wenken kunnen zien, om bij de beoordeeling der waarneming, waarover de regter te beslissen heeft, zich af te vragen: was het noodig, dat dit of dat voor den ander geschiedde? moest het althans als nuttig beschouwd worden? zou een goed huisvader in de bestaande omstandigheden daartoe overgaan? En dan geloof ik, dat de regter ook hier niet voor een onoplosbaar raadsel gesteld is.

De belanghebbende is, volgens art. 1393, in het daar bedoeld geval „gehouden de verbindtenissen, door den waarnemer in zijnen naam aangegaan, na te komen, denzelven schadeloos te stellen wegens alle persoonlijke door hem aangegane verbindtenissen, en aan hem alle nuttige of noodzakelijke gedane uitgaven te vergoeden".

Wat die gemaakte uitgaven of gedane verschotten betreft, het is niet noodig dat ze noodzakelijk, onvermijdelijk waren, maar ze moeten dan toch nuttig zijn geweest (2). En als zoodanig mogen ze beschouwd worden, wanneer ze zouden dienen om verbetering aan te brengen, die met de inzigten van een goed huisvader in overeenstemming is, en zij zelve niet noodeloos hoog zijn, of ongeëvenredigd aan het te verwachten voordeel. Waren ze noch noodig noch nuttig, zou het werk waarvoor ze dienden enkel strekken tot verfraaijing, of aan een gril voldoen, dan heeft de waarnemer op hare vergoeding geen regt. Beantwoordden ze wel aan den gestelden eisch, dan moeten ze hem vergoed worden, en wel voor het volle bedrag dat uitgegeven is, al blijkt later ook dat ten gevolge van ongunstige omstan-

---

(1) Zie b.v. ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, bl. 133 en v.

(2) In art. 7 vun het oorspronkelijk ontwerp stond: nuttige *en* noodzakelijke gedane uitgaven, maar de Fransche tekst had ook daar voor dat woordje „en" *ou*. Zie VOORDUIN, V, bl. 76 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 178 en v.

digheden het beoogde voordeel niet is verkregen (1). Maar hij heeft ook geen aanspraak op meer, en bepaaldelijk op interessen slechts overeenkomstig de algemeene bepaling van art. 1286, niet sedert den dag waarop de uitgaven zijn gedaan (2). Hierop heeft wel een lasthebber aanspraak volgens art. 1847, maar wat van dezen geldt, omdat het van hem door de wet gezegd is, geldt daarom niet ook voor den waarnemer, van wien het niet is gezegd; en deze is wel in art. 1390*c* ten aanzien der verpligtingen, maar nergens in het algemeen, of met name ten aanzien der regten, met genen gelijk gesteld. En dat de waarnemer, volgens genoemd art. 1390*c* in verband met art. 1842, verpligt is van gelden, die hij tot zijn gebruik heeft aangewend, interessen te betalen van het tijdstip af, waarop hij dat deed, levert almede geen grond op om daaruit bij tegenstelling een regt voor dien waarnemer af te leiden (3).

Wanneer een lasthebber door meer dan één persoon is aangesteld voor iets dat hen te zamen aangaat, is volgens art. 1848 elk hunner deswege voor het geheel jegens hem aansprakelijk. Ook dit geldt niet voor den waarnemer, die zich een gemeenschappelijk belang van meer personen heeft aangetrokken, omdat het op geenerlei wijze op hem toepasselijk is verklaard, en het nu door art. 1318 wordt uitgesloten (4). Zoo kan ook een regt

---

(1) Verg. DURANTON, XIII, n. 671 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 441, bl. 76; LAURENT, XX, n. 329.

(2) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 216 en v.; LAROMBIÈRE, op art. 1375, n. 17; LAURENT, XX, n. 330. Anders echter ENGELENBERG, in *N. Bijdr.*, t. a. p., bl. 158 en v.; DURANTON, XIII, n. 674; TROPLONG, n. 680; DEMOLOMBE, XXXI, n. 170 en v.

(3) In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VI, n. 629, het tegenovergestelde gevoelen verdedigende, vond ik daarvoor eenen grond in de verpligting tot vergoeding der uitgaven, die eigenlijk niet gezegd kunnen worden volledig vergoed te zijn zonder bijbetaling der interessen; maar deze redenering is teregt bestreden, gelijk door OPZOOMER, zoo ook door ENGELENBERG, t. a. p.

(4) Verg. DE PINTO, II, § 796, 5e uitg., bl. 539, 6e uitg., bl. 565; OPZOOMER, B, VI, bl. 217; ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, bl. 159 en v.; TROPLONG, n. 694.

van terughouding, dat in art. 1849 den lasthebber is toegekend, totdat hem alles betaald is wat hem ter zake der lastgeving toekomt, met grond niet beweerd worden ook den waarnemer toetekomen, wien het niet is toegekend, terwijl het een regt is, dat alles kan worden uitgeoefend door hen, aan wie het door de wet is gegeven (1).

De wet spreekt verder van persoonlijke verbindtenissen, door hem, den waarnemer, voor zijn persoon, te zijnen laste aangegaan (2); waar hij b.v. geld heeft geleend om dat ter zake der waarneming te gebruiken, of aan een ander eenig werk opdroeg, alsof het hem zelven aanging. De belanghebbende moet hem daarvoor schadeloos stellen, door hem te vergoeden wat hij te dier zake heeft moeten uitgeven, door het zelf voor hem te betalen, of het voor zijne rekening te nemen, bij wijze van schuldvernieuwing of anders. Hij moet dat wegens die alle, van welken aard en van welk bedrag ze ook mogen zijn. Men houde intusschen ook daarbij in het oog, dat de wet die verpligting slechts verbindt aan het geval eener behoorlijke zaakwaarneming (3).

---

(1) Verg. OPZOOMER, B. VI, bl. 217 en v.; H. R. 31 October 1856, *W.* 1813. Anders ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, bl. 155 en v. Maar zijne bewering: „de wet die de verpligtingen des gestors gelijk stelt aan die des lasthebbers, neemt ook gelijkheid tusschen beider rechten aan", zie bl. 137, en zijne meening, dat uit de gelijkstelling van verpligtingen duidelijk blijkt „dat de wetgever den gestor *zooveel mogelijk* gelijk wilde stellen aan den mandataris", zie bl. 156, zijn zeker niet weinig bedenkelijk. Waar moet het heen, wanneer wij, hetgeen van de verpligtingen geldt omdat het daarvan gezegd is, ook in het algemeen voor de regten moeten of mogen laten gelden, wanneer — moet ik zeggen: omdat, of: ofschoon — het daarvan niet is gezegd.

(2) OPZOOMER, VI, bl. 215, n. 1, meent, dat in plaats van het bijvoegelijke naamwoord *persoonlijke* het bijwoord *persoonlijk* moest staan. Ik geloof, ten onregte. Dat woord behoort niet bij: aangegane, maar bij: verbindtenissen; die, waarvan in de eerste plaats sprake is, zijn ook persoonlijk door den waarnemer aangegaan, maar niet als persoonlijke verbindtenissen. De Fransche tekst van art. 1420 Wetb. v. 1830 spreekt dan ook van engagemens personnels qu'il (le gérant) a pris, in overeenstemming met art. 1375 C. N.

(3) Verg. LAURENT, XX, n. 332.

Heeft de waarnemer op zijn eigen naam eene verbindtenis aangegaan ten laste van den belanghebbende, zoo heeft hij gedaan, wat men volgens art. 1351 niet doen kan, en er ontstond geene verbindtenis, noch voor hem, noch voor dezen. Maar zoo hij in naam van dien belanghebbende eene verbindtenis aangegaan heeft — en dat kon ook hij, gelijk een lasthebber zoo iets kan — dan kwam er werkelijk eene verbindtenis tot stand, ten laste, niet van den waarnemer, die zich zelven niet verbonden heeft, maar van den belanghebbende, voor wien hij de verbindtenis aanging. En gelijk volgens art. 1844*a* de lastgever verpligt is na te komen de verbindtenissen, door den lasthebber aangegaan overeenkomstig de magt die hij hem heeft verleend, zoo is ook volgens art. 1393 degene, wiens belangen door een ander behoorlijk zijn waargenomen, gehouden na te komen de verbindtenissen, in zijnen naam door den zaakwaarnemer aangegaan. Hij, die door geen eigen daad tot die verbindtenis aanleiding heeft gegeven, wordt er toch geldig mede belast, ten gevolge der in art. 1393 altijd gevorderde behoorlijke waarneming zijner belangen. En hij is deswege aansprakelijk tegenover den derde, met wien niet, zelfs middellijk niet, door, maar toch voor hem gehandeld is; men lette dan ook op de zeer verschillende uitdrukkingen der wet, die zegt dat hij gehouden is die verbindtenissen na te komen, terwijl van de andere gezegd wordt, dat hij den waarnemer deswege schadeloos moet stellen (1).

De belanghebbende kan zich dus niet aan alle aansprakelijkheid tegenover eenen derde onttrekken, door aan de zaakwaarneming zijn goedkeuring, erkenning of bekrachtiging te onthouden. Zijne verpligting spruit regtstreeks uit die zaakwaarneming voort, verondersteld dat zij behoorlijk is geweest, onafhankelijk van eenige handeling zijnerzijds. Eene goedkeuring of erkenning door hem is daarom echter in het algemeen geen onverschillige zaak, en niet zonder werking (2). Waar de zaakwaarneming op zich zelve niet van dien aard was, dat ze voor hem eene verbindtenis kon doen ontstaan doordien deze in zijnen

---

(1) Verg. LAURENT, t. a. p.

(2) Verg. over haar o. a. DEMOLOMBE, XXXI, n. 205 en v.

naam was aangegaan, geeft nu zijne erkenning daaraan die kracht, die hier de werking uitoefent, welke bij lastgeving het gevolg is der voorafgaande magtiging. En voor zoo ver er onzekerheid kan bestaan over de deugdelijkheid der zaakwaarneming, en der daaruit voortspruitende verpligtingen van hem wiens belangen zijn waargenomen, wordt die onzekerheid door zijne goedkeuring opgeheven, althans onschadelijk gemaakt.

De wet besluit de bepalingen omtrent zaakwaarneming met in art. 1394 te zeggen, dat hij, die eens anders zaak zonder lastgeving heeft waargenomen, tot geen loon geregtigd is. Art. 1831 zegt ook van lastgeving, dat zij om niet geschiedt, ten ware het tegendeel bedongen zij, en zoodanig beding is bij zaakwaarneming niet denkbaar. Voor deze zou echter niets met zekerheid uit dat art. 1831 zijn af te leiden, 'twelk voornamelijk dient om te kennen te geven, dat werkzaamheid van den lasthebber om niet bij ons niet tot het wezen van lastgeving behoort. Maar nu heeft onze wetgever de zaak uitdrukkelijk beslist, door de bepaling van art. 1394, die in den C. N. niet voorkomt. Die bepaling houdt in, dat de waarnemer geen loon aan den belanghebbende in rekening brengen of van hem vragen kan, zoodat het vooruitzigt op eigen voordeel niet ligt een beweegreden tot zaakwaarneming zijn zal. En zij is geheel algemeen, zoodat er bezwaarlijk vrijheid gevonden zal kunnen worden om daarop uitzonderingen toe te laten, met betrekking tot werkzaamheden die tot het beroep van den waarnemer behooren (1). Aan den anderen kant wordt de waarnemer ook door haar niet belet om, wanneer zijne werkzaamheden hem regt geven op eenig loon of salaris ten laste eener andere partij, dat tegenover deze te doen gelden.

§ 28.

Van betaling zonder schuld.

Betaling is een middel, en wel het meest natuurlijke en nor-

(1) Zie DURANTON, XIII, n. 669, die van een commissionnair en van een procureur spreekt, maar geene bepaling als ons art. 1394 voor zich had. Verg. LAURENT, XX, n. 331.

male middel, om eene bestaande schuld af te doen en eene verbindtenis op te heffen. Waar geen schuld bestaat, kan betaling zoodanig gevolg niet hebben, maar nu kan zij zelve oorzaak eener door haar ontstaande verbindtenis worden; en hierover wordt gehandeld in art. 1395—1400.

De rij dier bepalingen wordt door onzen wetgever geopend met die van art. 1395*a*, volgens welke iedere betaling eene schuld doet veronderstellen, en hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, teruggevorderd kan worden. In den C. N. is dat anders. Wel behelst ook deze eene gelijke bepaling, maar in art. 1235, het eerste der afdeeling, die van betaling handelt. Daar stond zij intusschen op eene vrij ongepaste plaats; veronderstelt elke betaling eene schuld, hetzelfde geldt niet minder van schuldvernieuwing, schuldvermenging, schuldvergelijking enz., al wordt het hiervan niet eveneens gezegd. Het behoefde ook bij de behandeling van die verschillende wijzen, waarop verbindtenissen te niet gaan, niet gezegd te worden; maar zoo kwam het ook niet bijzonder bij eene dier wijzen, de betaling, te pas; en zeker evenmin de aankondiging van mogelijke terugvordering van het betaalde, wegens het niet bestaan eener schuld, wanneer daarover toch niet in de afdeeling van betaling, maar op eene geheel andere plaats, in een anderen titel, gehandeld zou worden. Onze wetgever heeft dus wel gedaan met aan de bepaling, die hij overnam, eene andere plaats te geven (1), en ik geloof dat hij daardoor eene wezenlijke verbetering heeft aangebragt, omdat de zin en bedoeling der bepaling in het verband, waarin zij nu voorkomt, duidelijker in het oog kan vallen.

Men kan bij vergelijking der beide bepalingen nog opmerken, dat, terwijl volgens art. 1235 C. N. tout paiement suppose une dette, ons art. 1395*a* zegt, dat iedere betaling eene schuld *doet*

(1) Evenwel is dit indertijd afgekeurd, en werd bij herhaling aangedrongen op hare terugbrenging naar de plaats, waar zij in den C. N. voorkwam; zie VOORDUIN, V, bl. 77; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 539 en v., 621 en v. Men zal dit, geloof ik, eenvoudig kunnen verklaren uit veler voorliefde voor den Franschen Code.

veronderstellen. Wat tot die afwijking aanleiding heeft gegeven, is mij niet gebleken (1). Men zou kunnen meenen, dat onze wetgever duidelijker heeft willen wijzen op een wettelijk vermoeden, op grond der betaling aangenomen ten aanzien van het bestaan der schuld; maar zoodanig vermoeden pleegt zoo min door de eene als door de andere uitdrukking aangeduid te worden, aan zoodanig vermoeden bestond hier geene behoefte, ook niet met betrekking tot den bewijslast, en de uitspraak van zulk een vermoeden is ook door onzen wetgever niet bedoeld. En bepaaldelijk heeft deze, wat de zaak betreft, in niets van zijn voorganger willen afwijken, gelijk duidelijk genoeg daaruit blijkt, dat de Fransche tekst, èn van het ontwerp èn van art. 1422 Wetb. van 1830, geheel met de bepaling van art. 1235 C. N. overeenkomt. De wetgever heeft willen wijzen op het naauw verband tusschen betaling en schuld. Zal er betaling plaats kunnen hebben, dan moet er eene schuld bestaan; bestaat die niet, dan kan er ook geen werkelijke betaling plaats hebben. Zoo kan men zeggen: betaling veronderstelt eene schuld, gelijk men ook zegt, dat een gevolg het bestaan eener oorzaak veronderstelt. En men denkt, waar sprake is van betaling, van zelf aan eene schuld die betaald werd, gelijk men bij het zien van een gevolg van zelf aan eene oorzaak denkt; en zoo kan men even góed zeggen, dat een gevolg eene oorzaak, en dat betaling eene schuld, doet veronderstellen.

Zoo bestaat er een allernaauwst verband tusschen den aanhef van art. 1395*a* en hetgeen daarop volgt. Elke betaling veronderstelt eene schuld, die daardoor wordt afgedaan; waar geen schuld bestaat, kan zij ook niet betaald en afgedaan worden; en is er evenwel betaald, dan is dat geene werkelijke betaling geweest, en een natuurlijk gevolg daarvan is, dat, hetgeen evenwel feitelijk betaald is, teruggevorderd worden kan. En nu moge men kunnen zeggen, dat het de taak der wet is, vast te stellen wat regt is of zal zijn, niet den grond aan te geven

(1) De officiële vertaling is hier zonder schuld, en wij vinden onze uitdrukking reeds in art. 9 van het ontwerp van 1824; zie NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 178.

waarom het regt is of zijn zal (1), ik beschouw art. 1395*a* in zijn geheel als eene bepaling van zeer wezenlijk gewigt, omdat het mij den gedachtengang des wetgevers duidelijk kenbaar maakt, en daardoor licht verspreidt over het geheele onderwerp, en bepaaldelijk ook voor de vraag, of werkelijk dwaling een vereischte is voor een regt van terugvordering.

Uit betaling van wat men niet schuldig was kan eene verbindtenis geboren worden. Het is noodig na te gaan, wat hiertoe gevorderd wordt.

Vooreerst natuurlijk betaling. En hieronder hebben wij te verstaan afgifte, hetzij van geld, hetzij van eene andere zaak, niet bij wijze van gift, maar tot afdoening eener, zoo al niet werkelijk bestaande, dan toch beweerde of vermeende schuld.

Ten tweede is noodig, dat degene, die de betaling deed, het betaalde niet schuldig was. Het komt er niet op aan, of hij het nooit schuldig is geweest, dan of eene vroeger werkelijk bestaande schuld te niet was gegaan, hetzij door betaling, hetzij op eenige andere wijze, b.v. door verjaring, of door compensatie (2), die ook van regtswege plaats heeft. Het geldt voorts ook in geval eener verbindtenis, aangegaan onder eene opschortende voorwaarde die van iets toekomstigs afhangt; er bestaat dan wel eene verbindtenis; maar nog geen schuld; de verbindtenis kan dan ook volgens art. 1299*b* niet ten uitvoer gebragt worden, dan nadat de gebeurtenis heeft plaats gehad, en zoo er evenwel betaald is, kan dit teruggevorderd worden, niet alleen wanneer de voorwaarde later ontbreekt, maar ook terwijl de voorwaarde nog hangende is. Geheel anders is het bij eene verbindtenis met eene tijdsbepaling, die volgens art. 1304 niet haar zelve, maar slechts hare uitvoering opschort, en ten aanzien waarvan art. 1305 dan ook zegt, dat hetgeen slechts op

(1) Zie OPZOOMER, B, VI, bl. 223, n. 1. Hij laat er op volgen: „Daarom ware het goed geweest, deze woorden (iedere betaling doet eene schuld veronderstellen) weg te laten en in onze § eenvoudig de bepaling te schrijven: het onverschuldigd betaalde kan teruggevorderd worden". Het verheugt mij, dat de wetgever anders heeft gehandeld.

(2) Verg. *Vragen van Ned. regt*, II, bl. 86 en v.

tijd verschuldigd is niet geëischt kan worden voor dat de vervaltijd verschenen is, maar dat hetgeen vooraf betaald is niet kan worden teruggevorderd. Wanneer in geval eener alternatieve verbindtenis eene der onderwerpen is afgegeven, kan de schuldenaar dit niet terugvorderen om in plaats daarvan het andere te geven, al verkeerde de schuldenaar ook, toen hij het eerste afgaf, in de meening, dat de verbindtenis enkelvoudig, en hij bepaaldelijk dat schuldig was; dit was ook zoo goed als het ander verschuldigd, het was dus niet onverschuldigd, en aan dwaling is in zoodanig geval geene verstorende werking toegekend. Maar wanneer de schuldenaar beide zaken heeft afgegeven, alsof hij ze beide schuldig was, dan was daarvan eene onverschuldigd en kan teruggevorderd worden; de vraag kan slechts zijn, aan wien de keus toekomt, en deze zal mogen worden toegekend aan die partij, aan welke zij oorspronkelijk toekwam (1). Voorts zij nog opgemerkt, dat, wanneer wel een schuld bestond, maar tot een minder bedrag of van een minderen omvang, hetgeen meer is betaald, niet verschuldigd was, en daarom dat alleen teruggevorderd kan worden, maar dat dan ook even goed, als wanneer het andere niet mede verschuldigd geweest, maar dan ook niet betaald was.

Een derde vereischte is, dat hij, die betaalde, het niet deed tot voldoening van eens anders schuld. Was dit wel het geval, dan was het betaalde wel niet door hem verschuldigd, maar toch niet onverschuldigd. En in art. 1418*b* is uitdrukkelijk bepaald, dat eene verbindtenis ook door een derde gekweten kan worden die er geen belang bij heeft, al handelde hij ook in zijn eigen naam. Derhalve is ook eene aldus gedane betaling geldig, en nu moest hij, die de betaling ontving en moest aannemen, in het algemeen niet bloot staan aan eene terugvordering. Dit is dan ook slechts bij uitzondering in art. 1397, en dan nog voorwaardelijk toegelaten, wanneer hij bij vergissing meende zelf de schuldenaar te zijn. De grond is dan niet, dat het betaalde niet verschuldigd, ook niet, dat het niet door

---

(1) Verg. hierboven, X, bl. 220—223. Zie ook OPZOOMER, B, VI, bl. 230, n. 3.

hem verschuldigd was, maar dat hij in dwaling gehandeld heeft; daarom komt de wet hem hier te hulp (1).

In de vierde plaats is volgens art. 1395*b* nog noodig, dat hij, die betaalde, het ook niet deed tot voldoening aan iets, wat de wet daar onder de benaming van natuurlijke verbindtenissen begrijpt, met andere woorden om, met bewustheid van regtens niets schuldig te zijn, gevolg te geven aan een gevoel van verpligting van anderen aard. Wij hebben daarbij te denken aan alle gevallen, waarin iemand, zonder dat er eene verbindtenis en dus eene schuld bestond, aan een ander iets gegeven heeft, niet bij wijze van schenking om hem te bevoordeelen, maar om zich zelven te kwijten, niet van een schuld, maar toch van eene verpligting, die hij begreep dat, wegens eene hem bewezen dienst, uit hoofde van de betrekking waarin hij tot den ander staat, fatsoenshalve, of waarom anders ook, op hem rustte, om te doen wat hij meende niet te mogen of althans niet te moeten laten (2).

Veelal wordt ook nog gevorderd, dat de betaling een gevolg was van' dwaling, dat hij die betaalde zich vergist heeft en meende schuldig te zijn (3); maar ik kan daarmede onmogelijk

---

(1) Volgens OPZOOMER, B, VI, bl. 293, kwam de bevoegdheid, die art. 1397*a* den betaler geeft, hem reeds krachtens art. 1395 toe, en had de eerstgenoemde bepaling zonder schade kunnen wegblijven. Ik geloof het niet. Art. 1395*a* is aan het hier bedoeld geval geheel vreemd, hier was niet iets betaald zonder verschuldigd te zijn, en het betaalde was niet onverschuldigd omdat de betaler het niet schuldig was.

(2) Verg. daarover hierboven, X, bl. 24 en v. — In het Schweizerische Obligationenrecht sluit § 72*b* ook de terugvordering uit, wenn die Zahlung — in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde.

(3) Zie SCHÜLLER, VERNEDE, op art. 1395 B. W.; DE PINTO, II, § 797, 5e uitg., bl. 540, 6e uitg., bl. 565 en v., en in *Themis*, III, bl. 2 en v.; VAN DER KEMP, in *Themis*, III, bl. 146; DE HARTOG, in *Themis*, 2, IX, bl. 352—356; *N. Bijdr. v. R. en W.*, XIII, bl. 277; ENGELENBERG, in *N. Bijdr.*, XIV, bl. 486 en v., 504 en v.; OPZOOMER (die vroeger anders dacht), B, VI, bl. 235 en v.; TOULLIER, XI, n. 60 en v.; DURANTON, XIII, 679 n. en v.; ZACHARIAE (AUBRY en RAU), II, § 442, bl. 77 en v.; LAROMBIÈRE, op art. 1376, n. 2, 26; DEMOLOMBE, XXXI, n. 276 en v.; LAURENT, XX, n. 352 en v.

instemmen (1). Niets wijst mij daarop, hetzij in onze wet, hetzij in den C. N.; en toch moet het de wet zijn, die voor ons het regt bepaalt, en wordt dit door hare bepalingen geregeld en moet het naar deze beoordeeld worden. En nu vraag ik, hoe het komt, dat de wetgever van zoodanig vereischte niet gesproken heeft, wanneer het toch als zoodanig gelden zou; maar bovenal, hoe het eēn vereischte zijn kan, zonder dat hij het heeft gesteld. Men beroept zich op de historie, vooral ook op het Romeinsche regt, en pleegt daarbij op het gezegde van Paulus te wijzen: cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. Gesteld dat we hier bij het woord *dati* telkens moeten denken aan iets, dat bij wijze van *betaling* is afgegeven, wat als zeker schijnt beschouwd te worden, maar voor mij volstrekt niet zeker is (2), dan rijst, dunkt mij, zeer natuurlijk de vraag, of het wel waar is. Zoo ja, dan is de zaak uit en geen redelijke twijfel meer mogelijk; wat ik geschonken heb, kan ik niet terugvorderen. Maar wanneer het niet opgaat — en dat doet het niet reeds daarom, omdat het een gezegde van Paulus is en in het Corpus juris staat — dan heeft het voor ons geene waarde. Wij mogen daarom de vraag, of het waar is, niet achterwege laten of stilzwijgend voorbijgaan; het is voor het hier besproken onderwerp wel degelijk van belang, dat wij er bij stil staan. Wel nu, ik weet, dat ik zekere schuld betaald heb, maar word evenwel om betaling aangezocht; eene kwitantie hob ik niet, misschien nooit gekregen, misschien verloren, getuigen zijn er niet, een eedsopdragt mijnerzijds stuit af op art. 1968; kortom, ik kan mijne betaling niet bewijzen, en om niet ook nog de kosten eener procedure, eener veroordeeling enz. te mijnen laste te krijgen, betaal ik nog eens; is dat schenking, eene vrijwillige gift om den ander te bevoordeelen? Ik heb geld geleend en daarvoor effecten in pand gegeven; ten gevolge eener enorme rijzing van den prijs, die wel niet lang stand zal houden, kan

(1) Verg. OPZOOMER, A, III, bl. 56 en v., 2e uitg., II, bl. 105 en v.; MARCADÉ, V, bl. 254 en v., op art. 1376 en v., n. I.

(2) Het gezegde komt voor in l. 53 D. de div. regulis juris, (L, 17), niet in den titel de condictione indebiti (XII, 6).

ik nu die effecten met groote winst te gelde maken; ik haast mij mijne schuld af te doen om de effecten in handen te krijgen, doch men weigert mij de afgifte met een beroep op art. 1205, ten onregte bewerende dat er nog eene andere schuld te mijnen laste is; nu kan ik die afgifte in regten vorderen, maar wanneer bekom ik langs dien weg mijne effecten terug? ik betaal daarom maar het bedrag der beweerde schuld, misschien met de gedachte aan art. 1395 en v.; is dat schenking? Ik heb een zakelijk regt gekocht, eene onroerende zaak; de daarvan opgemaakte akte moet geregistreerd worden; de ontvanger vraagt een veel hooger regt dan ik meen volgens de wet schuldig te zijn, en weigert de registratie voor een minder regt; zoolang de akte niet geregistreerd is, kan zij ook niet overgeschreven worden en bekom ik het zakelijk regt niet, en zoo het langer duurt dan den door de wet gestelden termijn, beloop ik daarenboven nog boete; ik voldoe daarom maar aan den eisch van den ontvanger, misschien vertrouwende op de bepalingen van art. 1395 en v.; is dat schenking? (1) En zoo in de aangevoerde gevallen, die ik wel niet met andere behoef te vermeerderen, het antwoord ontkennend zijn moet, dan vraag ik, of het in onzen tijd en met betrekking tot ons regt wel vrij staat, nog altijd te herhalen, wat voor zoo vele eeuwen door Paulus is gezegd, maar zeker in den veronderstelden zin ook door hem niet gezegd zou zijn, wanneer hij zich zoodanige gevallen had voorgesteld. — Al is het nu nog zoo waar, dat het Romeinsche regt geene terugvordering toeliet, waar de betaling zonder schuld geen gevolg van dwaling was, wat zegt dat voor ons, terwijl dat regt hier te lande reeds in 1809 afgeschaft werd, en zijn wettelijk gezag in onze afschaffingswet van 1829 gezegd werd te zijn en te blijven afgeschaft? Of wat zegt voor ons die afschaffing, wanneer dat Romeinsche regt toch voor ons gelden moet, en dan nog wel niet enkel tot aanvulling van ons eigen regt, voor 'tgeen onze wetgever niet

(1) In een geval van dien aard is een eisch tot teruggave van het te veel betaalde toegewezen door Winschoten 24 September 1845, en de eisch tot cassatie daarvan verworpen door H. R. 30 October 1846; zie VAN DEN HONERT, *Verz.*, *Zegel-*, *registratie- en successieregt*, II, bl. 353 en v., *R. B.*, VIII, bl. 760 en v.

behandeld heeft, maar ook tot aanvulling en dus tot wijziging van onze wet, waar die een vereischte heeft laten varen, 'twelk dat oude, naar het heet hier afgeschafte, regt gesteld had? Zonder twijfel geldt hetzelfde ook wel volgens later elders vastgestelde en heerschende wetgevingen (1); maar wat zegt dat voor ons, aan wie die wetgevingen immers ten eenemale vreemd zijn? — Nu meent men wel is waar aan te toonen, dat hetzelfde ook naar den C. N. en naar ons regt geldt; maar hoe? De C. N. spreekt evenmin als ons B. W. van dwaling, waarin de betaler moet hebben verkeerd om tot terugvordering geregtigd te zijn; maar men wijst op hetgeen bij de bewerking daarvan gesproken is, met name door den tribun TARRIBLE (2), en vult als het ware den C. N. aan met hetgeen men in de rede van dezen gezegd vindt (3); heeft dat nu wettelijke kracht? Men wijst op art. 2994 Ontwerp van 1820, en merkt op, dat nergens is gebleken, dat men later hiervan heeft willen afwijken (4). Indien dit laatste waar was, dan zou het nog niets beteekenen voor iemand, die bedenkt, welk onthaal dat ontwerp gevonden heeft, en dat ten tijde der behandeling van ons onderwerp daaraan als zoodanig door geen deel of lid der wetgevende magt meer werd gedacht, maar een geheel ander ontwerp voorlag, 'twelk gelijke bepalingen inhield als onze wet (5). Maar is de opmerking waar, en kan de bedoeling van af te wijken niet uit de wet zelve, maar moet zij noodwendig uit iets buiten haar

---

(1) Zie b.v. het Preussisch Landrecht, I, 16, § 166, bl. 1519 en v.; het Allgem. bürg. Gesetzbuch voor Oostenrijk, § 1431; das Schweizerische Obligationenrecht, § 72.

(2) Zie *C. N. et Motifs*, V, bl. 271.

(3) Zoo handelt zelfs OPZOOMER, B, VI, bl. 240 en v., die anders, naar mijn oordeel wel eens met overdrijving, zoo zeer de wet uit haar zelve verklaard wil zien, dat hij weigert behoorlijk rekening te houden met hetgeen bij hare bewerking geschreven of gesproken is.

(4) Zie OPZOOMER, bl. 241.

(5) Wel sprak nu ook bij ons BARTHÉLÉMY van paiement par erreur, zie VOORDUIN, V, bl. 77 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 39, maar daaruit volgt alleen, dat hij zich hield aan de oude leer, niet dat deze gehuldigd is in onze wet.

blijken? Wanneer de wetgever dwaling niet meer wilde erkennen als een vereischte voor het regt van terugvordering, kon hij dan niet volstaan met haar niet als zoodanig te vermelden, maar moest hij dan ook nog uitdrukkelijk bepalen, dat dwaling geen vereischte is? En wanneer hij het vereischte wel als zoodanig in stand wilde houden, hoe kwam het dan toch, dat hij de bepaling in dier voege wijzigde of stelde, dat juist de vermelding dier dwaling werd weggelaten? Als dwaling een wettelijk vereischte zijn zou, waarom heeft de wetgever haar dan niet als zoodanig vermeld?

Deze vraag is, geloof ik, van te meer gewigt, wanneer wij letten op art. 1396 en 1397, waar de wetgever duidelijk getoond heeft, dat het niet aan onachtzaamheid geweten moet worden, dat hij in art. 1395 niet van dwaling sprak, daar hij van dwaling, waar die noodig zijn zou, wel degelijk heeft gesproken. In art. 1397 wordt het regt van terugvordering bepaaldelijk verbonden aan het geval, dat eene schuld betaald is door iemand, die bij vergissing meende zelf de schuldenaar te zijn. Wat betaald is was verschuldigd, art. 1395 is hier dus niet toepasselijk; de grond van het regt van terugvordering moet hier in de dwaling gelegen zijn, en de wetgever verzuimde dan ook niet, dat regt uitdrukkelijk daarvan afhankelijk te stellen; maar welke reden kon er nu toch wel bestaan, om juist voor dat geval dwaling te vorderen, wanneer deze eén algemeen vereischte is, voor elke terugvordering op grond van betaling zonder schuld? In art. 1396 wordt uitdrukkelijk gezegd, dat het niet afdoet, of iemand bij vergissing of met zijn weten iets ontvangen heeft dat hem niet verschuldigd was; maar waarom zou het nu, wanneer het aan zijde van den ontvanger onverschillig is, of hij in dwaling verkeerde of niet, aan zijde van den betaler zoo geheel anders, en deze alleen in geval van dwaling tot terugvordering gerégtigd zijn? Hetzelfde zou, geloof ik, evenzeer hebben moeten worden aangenomen, wanneer het niet uitdrukkelijk gezegd was, zoo maar het tegendeel niet was bepaald; de wetgever heeft slechts, zij het dan ook ten overvloede, buiten twijfel willen stellen, dat de ontvanger zich niet aan de verpligting tot teruggave kan onttrekken door aan te voeren, dat hij te goeder trouw meende regt te hebben op hetgeen hem betaald is, en

daarom nu deswege niet meer lastig gevallen moet worden. Maar nu zou het zeker eene zeer bedenkelijke gevolgtrekking zijn, zoo men bij tegenstelling daaruit wilde afleiden, dat het niet eveneens onverschillig is, of de betaler al of niet bij vergissing iets betaald heeft wat hij niet schuldig was, om dan op grond daarvan aan te nemen, dat alleen in het eerste geval terugvordering is toegelaten. — Vraagt men nu, waarom dan toch niet even goed van den betaler is gezegd, dat het onverschillig is of hij al dan niet bij vergissing heeft betaald, dan wijs ik op art. 1395*a* en den daaruit kenbaren gedachtengang, waarvan ik reeds sprak. Wat niet verschuldigd is kan niet werkelijk betaald worden, is het evenwel feitelijk betaald, dan heeft er geen wezenlijke betaling plaats gehad, en daarom kan hetgeen bij wijze van betaling is afgegeven, teruggevorderd worden. Wat zou het nu beduiden, in verband daarmede nog van het bestaan of niet bestaan van dwaling te spreken, wanneer het hierop niet kan aankomen, omdat alles alleen daarop aankomt, dat er bij gebreke van schuld niet betaald, maar enkel zonder grond iets bij wijze van betaling afgegeven is?

Er wordt beweerd, dat hij, die niet bij vergissing, maar wetende dat hij niets of niet zoo veel schuldig is, eene beweerde schuld afdoet, om een regt van terugvordering te hebben, het onder protest, of onder voorbehoud van dat regt, moet hebben gedaan. De wet spreekt daarvan niet; zij zegt dus niet, hoe dat zou moeten of kunnen geschieden, maar ook niet dat het voor zoodanig doel noodig of mogelijk is. En nu is het mij niet duidelijk, hoe men, wanneer dwaling werkelijk een vereischte is voor het regt van terugvordering, zonder nadere bepaling in de wet zich dat regt zal kunnen verzekeren door een voorbehoud of protest, waardoor het gemis van dat vereischte slechts te duidelijker in het oog springt. Is dwaling geen vereischte, dan is er natuurlijk geen voorbehoud noodig (1).

(1) Heb ik in het bovenstaande getoond, dat er gronden zijn voor mijne stelling, dat dwaling geen vereischte is om hem, die iets betaald heeft wat niet was verschuldigd, regt te geven op teruggave, ik wil er nog bijvoegen, dat naar mijne overtuiging, zoo het anders was, met het oog op de boven voorgestelde en zeker niet enkel denkbeeldige gevallen eene partiële wetsherziening op dit punt zeer wenschelijk geacht zou mogen worden.

Wanneer het voor de terugvordering onverschillig is, of de betaler in dwaling verkeerde of niet, dan komt bij ons ook de vraag niet te pas, of hier eene dwaling omtrent het regt met die omtrent de feiten gelijk gesteld, dan of bepaaldelijk eene van laatstgenoemden aard noodig geacht moet worden. Over deze vraag, die ik anders, bij gebreke van nadere aanwijzing in de wet, zou meenen in eerstgenoemden zin te moeten beantwoorden, wordt ook door hen, die dwaling als een vereischte beschouwen, vrij algemeen (1), maar toch niet door allen (2) aldus gedacht.

Wanneer nu de vier besproken vereischten aanwezig zijn, ontstaat uit eene betaling zonder schuld eene verbindtenis, die medebrengt, dat, hetgeen is afgegeven, teruggevorderd kan èn teruggegeven moet worden. De wetgever heeft het een in art. 1395*a*, het ander in art. 1396 uitgesproken. Die dubbele bepaling deswege is indertijd tegen de daartegen geopperde bedenking zeer zwak verdedigd (3). Maar er is daarom, geloof ik, geen grond om den wetgever te verwijten, dat hij tweemaal vlak achter elkaar hetzelfde zegt, slechts met verandering van subject (4); daartoe valt het toch, dunkt mij, voor den onbevooroordeelde te duidelijk in het oog, dat de hoofdzaak bij art. 1396 niet daarin bestaat, dat de ontvanger verpligt is terug te geven, maar hierin, dat hij daartoe verpligt is, om het even of hij bij vergissing of met zijn weten ontvangen heeft, wat hem niet verschuldigd was.

Die iets ontvangen heeft, dat hem niet verschuldigd was, is verpligt het terug te geven aan dengene van wien hij het ontvangen heeft, art. 1396. De bepaling luidt geheel algemeen, en geldt daarom ook geheel algemeen; voor den staat of de schatkist zoowel als voor andere regts- en voor natuurlijke personen. Aan den anderen kant belet zij natuurlijk niet, dat door of van den erfgenaam teruggevorderd kan worden, wat van of door

(1) Zie b.v. DEMOLOMBE, XXXI, n. 280; LAURENT, XX, n. 354.

(2) Zie ENGELENBERG, *N. Bijdr.*, t. a. p., bl. 511 en v.

(3) Zie VOORDUIN, V, bl. 77; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 530, 622.

(4) Zie OPZOOMER, VI, bl. 291.

den erflater ontvangen was. Zoo kan ook de ware erfgenaam terugvorderen, wat door een vermeenden, de erfgenaam, wat door een uitvoerder der uiterstewils-beschikking is betaald (1), hij voor wien een ander als lasthebber of zaakwaarnemer op zijnen naam, de partij voor welke de notaris het registratieregt betaalde (2), enz. En zoo behoeft ook hij, van wien teruggevorderd wordt, niet dezelfde individu te zijn, als degene aan wien betaald is (3). Aan den anderen kant is toch ook ontvangen van dengene die de betaling deed, al deed hij haar ook voor een ander; en het komt mij daarom voor, dat ook de lasthebber of zaakwaarnemer, de notaris enz., zelve een regt van terugvordering hebben, en niet in hunnen eisch niet-ontvankelijk verklaard moeten worden (4). Hieruit volgt niet, dat hij die ontving tweemalen, aan den een en aan den ander zou kunnen moeten betalen; hij is maar eens tot teruggave verpligt, er zijn slechts verschillende individuen, die — niet als hoofdelijke schuldeischers, daarvoor ontbreekt de betrekking die tusschen dezen moet bestaan — haar vorderen kunnen; heeft hij haar aan den een of aan den ander gedaan, dan is zijne verpligting vervuld.

De vordering tot teruggave is gegrond op — en strekt tot voldoening aan — de verbindtenis uit de betaling zonder schuld ontstaan; zij is dus zeer zeker eene persoonlijke, ook volgens de bepaling van art. 129*a* W. v. B. R. Als zoodanig behoort zij, naarmate van haar bedrag, tot de kennisneming van den kantonregter of van de arrondissements-regtbank, volgens de nadere bepalingen van art. 97 en 126 van dat Wetb. (5).

---

(1) Verg. Amsterdam, 31 Mei 1843, *R. B.*, V, bl. 679 en v.

(2) Verg. H. R., 5 November 1841, *W.* 241.

(3) Verg. hierbij DE HARTOG, t. a. p., bl. 381—384.

(4) Verg. echter Groningen, 27 Februarij 1849, *R. B.*, XI, bl. 122—124, met toepassing van den zoogenaamden, maar m. i. zeer bedenkelijken regel: point d'intérêt, point d'action.

(5) Verg. DE HARTOG, t. a. p., bl. 381, 384, 387. Wanneer die schrijver daarbij ook art. 314 W. v. B. R. wil laten gelden, waar de schuld uit den handel zou zijn ontstaan, kan ik daarmede kwalijk instemmen, omdat ik daarom in de betaling zonder schuld op grond der wet geen daad van koophandel zien kan.

De bewijslast rust natuurlijk op dengene, die de teruggave vordert. Dit geldt van het feit der betaling. Maar het geldt eveneens daarvan, dat het betaalde niet verschuldigd was; niet omdat er een wettelijk vermoeden bestaat voor het tegenovergestelde, wij hebben reeds opgemerkt, dat in art. 1395*a* geene uitdrukking van zoodanig vermoeden gezien moet worden (1), maar overeenkomstig den regel van art. 1902, omdat het den noodzakelijken grond zijner vordering uitmaakt (2). En het wordt niet anders doordien de tegenpartij begonnen is met de geheele betaling te ontkennen (3); daaruit mag door den regter een gewoon vermoeden afgeleid kunnen worden, dat overeenkomstig art. 1959 met andere vereenigd als bewijs kan worden aangenomen, een wettelijk vermoeden bestaat op dien grond niet, en het kan geene afwijking regtvaardigen van den gewonen regel omtrent den bewijslast. En zoo is er ook geen grond voor eene afwijking daarvan ten aanzien der andere vereischten; men houde echter in het oog, dat daaruit niet volgt, dat het bewijs daarvan juist van den kant van den betaler komen moet, maar enkel dat, wanneer er geen grond aanwezig is om het bestaan daarvan aan te nemen, het nadeelig gevolg hiervan den betaler treft. Naar mijne meening omtrent dwaling komt daarvan geen bewijs te pas; achtte ik ook haar noodig voor eene terugvordering, dan zou ik ook te haren aanzien het bewijs ten laste van den eischer brengen; voor de meening toch van hen die, dwaling als een vereischte beschouwende, tevens aannemen dat haar bestaan verondersteld wordt (4), vind ik geen grond.

Met betrekking tot de vraag, of het betaalde verschuldigd was of niet, en of het dus teruggevorderd kan worden, kan zich eene bijzondere zwarigheid doen gevoelen, wanneer er betaald is ten gevolge van een veroordeelend vonnis, 'twelk kracht van

(1) Zie hierboven, bl. 40.

(2) Verg. o. a. OPZOOMER, A, III, bl. 244—247, 2e uitg., II, bl. 243 en v.

(3) Verg. DE HARTOG, t. a. p., bl. 393 en v. Anders l. 25 D. de probat. en praes. (XXII, 3); TOULLIER, XI, n. 64; DURANTON, XII, n. 12; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 442, bl. 78 en n. 8.

(4) Zie DE HARTOG, t. a. p., bl. 356.

gewijsde heeft. Een vonnis doet in het algemeen geene verbindtenis ontstaan, maar kan wel over haar bestaan eene uitspraak behelzen die voor partijen verbindende is; het schept geen schuld, maar, als daarbij beslist is dat deze bestaat, dan kan tegen zoodanig vonnis door eene der partijen niet meer opgekomen worden op grond dat zij niet bestond, tenzij er stukken in handen dier partij zijn gekomen, die door toedoen der wederpartij waren achtergehouden, en zij daarom, overeenkomstig art. 382 8° W. v. B. R., van het middel van requeste civiel gebruik kan maken. Al was nu inderdaad het betaalde onverschuldigd, ik kan en mag dit niet bewijzen, en de terugvordering daarvan wordt dus door het vonnis belet, welks gezag in het algemeen ter wille der regtszekerheid niet gemist kan worden. — Maar laten wij ons nu het geval eenigszins anders voorstellen, zooals het zich nog gemakkelijker kan voordoen. Er was werkelijk eene schuld te mijnen laste ontstaan, en ik heb die betaald; desniettemin ter zake daarvan in regten aangesproken, beroep ik mij op die betaling, maar kan haar niet bewijzen; ik word veroordeeld te betalen en betaal daarom op nieuw; daarna vind ik de kwitantie voor de eerste betaling; ik heb dus tweemaal betaald, terwijl ik slechts eens schuldig was; kan ik nu terugvorderen? Neen, wordt er gezegd (1), de eerste betaling had plaats tot afdoening eener bestaande schuld, zij was derhalve niet onverschuldigd, daarvoor komt dus geene terugvordering te pas; de tweede geschiedde ten gevolge van een vonnis, waarbij beslist werd dat ik schuldig was en waartegen geen bewijs van het tegendeel geleverd kan worden, en alzoo kan noch wegens de eene noch wegens de andere betaling teruggave gevorderd worden. Is dat werkelijk zoo, dan is het zeker hoogst onbillijk en onregtvaardig. Dit is natuurlijk niet

---

(1) Zie Mr. A. H. VAN DER KEMP, in *Themis*, III, bl. 145—158; *Regtsg. Adviezen* (1843), bl. 90—95; OPZOOMER, B, VI, bl. 244—248; L. UDO DE HAES, *Terugvordering van hetgeen betaald is krachtens vonnis*, Leiden, 1887. — Anders DE PINTO, in *Themis*, III, bl. 1—20. Verg. DE HARTOG, t. a. p., bl. 369 en v.; ENGELENBERG, t. a. p., bl. 519 en v.

voldoende om het besluit te wettigen, dat het zoo niet is; maar het geeft toch gegronde aanleiding tot de vraag, of de redenering, die tot het andere besluit geleid heeft, wel juist geacht moet worden. En dan komt het mij voor, dat zij dat niet is, en dat de fout daarvan gelegen is in de volkomene afscheiding der beide betalingen, die geheel op zich zelve beschouwd, en zoo afzonderlijk aan de vraag omtrent de mogelijkheid eener terugvordering onderworpen worden. Wij moeten, dunkt mij, veelmeer beide betalingen zamenvatten, of liever hetgeen geschied is in zijn geheel nemen; en dan wordt eene terugvordering niet alleen niet door de wet belet, maar is zij integendeel met hare bepalingen volkomen in overeenstemming. Er was eene schuld van *f* 1000 b.v. door leening op 1 Maart 1880 te mijnen laste ontstaan, en ik heb die betaald. Daarna deswege in regten geroepen, ben ik veroordeeld tot betaling; waarvan? Niet van eene schuld ontstaan door het vonnis; ook niet eenvoudig van eene schuld van *f* 1000; maar van dezelfde oude schuld ter zake van leening op 1 Maart 1880; deze werd bij het vonnis als nog bestaande erkend, en wegens haar, maar ook wegens geene andere, werd ik veroordeeld en betaalde ik nog eens. Nu blijkt later uit de teruggevonden kwitantie, dat die schuld reeds was betaald, en dat, als ik wegens het vonnis nog eens weder betaald heb, dezelfde schuld tweemaal betaald is; maar dan blijkt ook, dat we hebben twee betalingen voor ééne schuld. En als nu iedere betaling eene schuld veronderstelt, en ééne schuld slechts eens werkelijk betaald kan worden, en wij slechts voor ééne betaling eene schuld kunnen aanwijzen, dan is er geene schuld voor de andere, dan mist deze, wat noodig was om haar tot eene werkelijke betaling te maken, en dan kan er volgens art. 1395*a* terugvordering plaats hebben. Vraagt men nu, waarvan, en wat dan teruggeven moet worden, het eerst of het laatst betaalde, dan bestaat het gewigt dier vraag, geloof ik, meer in schijn dan inderdaad. Ik zou kunnen antwoorden: mij om 't even, en zoo gij wilt zelfs noch het een noch het ander; ik was *f* 1000 schuldig, ik heb tweemaal *f* 1000 betaald, dus eenmaal zonder schuld; geef mij maar *f* 1000 terug, of gij het doen wilt met hetgeen gij de eerste of met wat gij de laatste keer van mij ontvangen hebt, of door eenig

ander wettig betaalmiddel, laat ik aan u over. — Nu is er wel beweerd, dat uit de vergelijking van twee gevallen terstond in het oog zal vallen, hoe onjuist mijne meening is, die ik ook in mijn vroeger werk verkondigd heb (1); maar voor mij heeft het betoog die uitwerking niet gehad.

Het stelt de twee gevallen, waarvan ik zoo even sprak, en vervolgt dan aldus (2): „Tot welke uitkomst zijn we dus nu gekomen? Als ik tweemaal betaalde wat ik slechts éens schuldig was, zal ik de condictio hebben. Maar als ik éens betaalde wat ik u in het geheel niet schuldig was, zal ik van haar verstoken zijn. Is het mogelijk, zich iets ongerijmders voor te stellen? Het is onbetwistbaar, dat „dezelfde schuld slechts eens behoeft betaald te worden;" maar het is even onbetwistbaar, dat in het geheel geen schuld in het geheel niet behoeft te worden betaald, en er zal wel niemand zijn die durft ontkennen, dat $2-1 = 1-0$ is". Ik wil gaarne die rekenkunstige formule in hare volle waarde laten, alleen geloof ik dat zij hier niet gelukkig te pas is gebragt. Maar ik mag niet onopgemerkt laten, dat in het daaraan voorafgaande het eigenlijk onderwerp van behandeling geheel uit het oog verloren schijnt te zijn. Daarin is toch geen sprake van een vonnis, en de vraag is juist, welken invloed een vonnis heeft op de mogelijkheid van terugvordering. Wanneer ik nu het onvolledige aanvul met hetgeen er niet aan mogt ontbreken, dan komt mijne meening hierop neer. Als ik eens betaalde wat ik in het geheel niet schuldig was, maar nadat ik bij vonnis als schuldig tot betaling veroordeeld ben, dan kan ik niet terugvorderen; waarom niet? Omdat het gezag van het vonnis mij belet in regten het bestaan der schuld te bestrijden. Als ik eene te mijnen laste ontstane schuld tweemaal betaalde, eerst zonder en daarna ten gevolge van een vonnis dat mij als nog schuldig veroordeelde, dan kan ik wel terugvorderen. Waarom nu wel? Omdat ik nu niet noodig heb, dat vonnis te bestrijden, en te beweren dat de schuld niet meer bestond toen ik wegens haar bestaan veroordeeld werd,

(1) Zie *Ned. burg. regt*, VI, n. 640.

(2) Zie OPZOOMER, B, VI, bl. 247.

maar volstaan kan met er op te wijzen, dat ik tweemaal voor ééne schuld, en dus eenmaal zonder schuld, betaald heb. Is dit nu inderdaad zoo ongerijmd, dat het niet mogelijk is zich iets nog ongerijmders voor te stellen? Of zou de fout ook aan de andere zijde kunnen schuilen?

De wet behelst voorts nog eenige bijzondere bepalingen voor bijzondere gevallen.

Wanneer iemand eene schuld van een ander betaalde, heeft hij in het algemeen geen regt van terugvordering. Het betaalde was wel niet door hem, maar het was toch verschuldigd, en eene schuld kan zoowel door een ander, als door den schuldenaar zelven betaald worden; de schuldeischer behoeft, als hij niet wil, dien derde niet in zijne plaats te stellen, maar mag, wanneer zoodanige subrogatie niet verlangd wordt, niet weigeren de betaling aan te nemen, omdat zij door een ander dan den schuldenaar wordt aangeboden, zie art. 1418*b*. Doch nu moest hij dan ook niet om deze reden bloot staan aan eenen eisch, tot teruggave van hetgeen hij ontvangen heeft en niet afslaan kon. En hij staat daaraan ook niet bloot, behalve wanneer hij die betaalde dit gedaan heeft, niet om voor een ander te voldoen, maar omdat hij bij vergissing meende zelf het betaalde schuldig te zijn. In dit geval komt de wet dezen te hulp tegen hetgeen hij ten gevolge van die dwaling heeft gedaan, en geeft hem in art. 1397*a* het regt om het betaalde van den schuldeischer terug te vorderen (1).

Maar nu komt de wet ook weer dien schuldeischer te gemoet, en bepaalt in art. 1397*b*, dat dat regt van terugvordering ophoudt, wegvalt, wanneer hij ten gevolge der betaling de schuldbekentenis, of liever in het algemeen zijn titel (2), vernietigd of weggedaan, onbruikbaar gemaakt (3) heeft. Hij zal dan moeijelijk, misschien wel in 't geheel niet, met goed gevolg zijn

(1) Verg. hierboven, bl. 47.

(2) De Fransche tekst van art. 1424*b* Wetb. van 1830 spreekt van son titre, even als art. 1377*b* C. N., waarvan de vertaling bij ons is gevolgd.

(3) De Fransche tekst zeide: supprimé, even als de C. N.; men volgde bij ons de vertaling. Verg. voorts daarover LAURENT, XX, n. 362 en v.

regt tegen den werkelijken schuldenaar kunnen doen gelden, maar moest nu ook niet genoodzaakt kunnen worden terug te geven, wat hij volkomen geregtigd was aan te nemen, en zelfs niet afwijzen kon; hij die betaalde moet nu maar zelf zien, wat hij van den waren schuldenaar bekomen kan, en hem heeft de wet weer verhaal op dezen toegekend.

Wij hebben daarbij te denken aan het geval, dat er een titel bestond en deze door den schuldeischer vernietigd is ten gevolge der betaling, omdat hierdoor de schuld afgedaan en het stuk nutteloos geworden is. Wist hij, dat de betaler ten onregte meende zelf de schuldenaar te zijn, en dus daarop zou kunnen terugkomen, en handelde hij dan zoo met den titel, om daardoor eene veroordeeling tot teruggave af te wenden, dan was hetgeen hij deed ook wel een gevolg van de betaling, maar de strekking onzer bepaling, om hem te beschermen tegen nadeel, dat anders voor hem zou kunnen ontstaan uit eene daad die zoo natuurlijk op de betaling volgde, is te duidelijk (1), dan dat men zou kunnen aannemen, dat hij haar ook kan inroepen om zich te bevoordeelen door eene te kwader trouw verrigte daad (2).

De wet veronderstelt dat de schuldeischer den titel vernietigd heeft, en veelal zal dit ook wel door hem geschieden; maar dit kan kwalijk beschouwd worden als een vereischte voor de toepassing van art. 1397*b*. Heeft de betaler het gedaan, ten tijde der betaling in tegenwoordigheid van den schuldeischer, of later nadat het stuk aan hem was afgegeven, dan is het gevolg daarvan voor den schuldeischer hetzelfde, en heeft deze ook evenzeer behoefte aan en regt op bescherming. Dat de schuldeischer het stuk eenvoudig aan den betaler heeft afgegeven, is

---

(1) De tribun BERTRAND DE GREUILLE sprak dan ook uitdrukkelijk van het geval, dat le créancier étant dans la bonne foi avait, par suite du paiement, supprimé le titre de sa créance, zie *C. N. et Motifs*, V, bl. 259.

(2) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 294 en v.; DURANTON, XIII, n. 685; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 442, bl. 77; MARCADÉ, V, n. 257, op art. 1376 en v., n. IV.

niet voldoende; is het in stand gebleven, zoo kan het den schuldeischer weer ter hand gesteld worden, en zal deze zich dan niet aan de teruggave van het ontvangene kunnen onttrekken.

De schuldeischer, die nadeel zou kunnen ondervinden, zoo hij het ontvangene moest teruggeven nadat zijn titel onbruikbaar is gemaakt, kan het evenzeer en misschien nog meer, wanneer zijne inschuld intusschen is verjaard, doordien hij er geen gevolg aan gaf, wat juist om de betaling niet meer te pas kwam. Daarvan spreekt echter de wet niet, noch in art. 1397*b*, noch elders; in dat geval is dus niet voorzien. En nu komt het mij voor, dat niet ook daarop mag worden toegepast, wat de wet ten aanzien van een geheel ander geval heeft bepaald (1); dat dus de schuldeischer daartegen niet is beschermd, en dat hij derhalve desniettemin even goed volgens art. 1397*a* tot teruggave verpligt zal zijn (2). In verband daarmede kan men opmerken, dat men den schuldeischer ook nog in een ander opzigt had kunnen te gemoet komen, door een termijn te stellen, binnen welken het betaalde na de ontdekking der dwaling moet en alleen kan worden teruggevorderd. Dit is niet geschied, en art. 1490 is hier niet toepasselijk; en nu is daarvan een natuurlijk gevolg, dat de schuldeischer tot teruggave aansprakelijk blijft gedurende dertig jaren nadat door de betaling de verbindtenis is ontstaan.

Kan de betaler volgens art. 1397*b* het betaalde niet van den schuldeischer terugvorderen, dan heeft hij volgens diezelfde bepaling verhaal op den wezenlijken schuldenaar. Het woord „behoudens" (3) kan doen denken aan een regt van verhaal

---

(1) Men zal toch kwalijk met DURANTON, XIII, n. 685, kunnen zeggen; c'est là aussi une véritable suppression de titre, si ce n'est pas celle de l'acte.

(2) Verg. DE HARTOG, t. a. p., bl. 380; LAURENT, XX, n. 363. Anders DURANTON, t. a. p., met wien ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VI, n. 650, instemde. Zoo ook LAROMBIÈRE, op art. 1377, n. 10. Zie ook OPZOOMER, B, VI, bl. 293 en v., n. 1, die het verschil van meening vermeldt, maar de zijne niet opgeeft.

(3) Zoo spreekt ook de Fransche tekst van art. 1424*b* Wetb. v. 1830, even als art. 1377*b* C. N., van: sauf.

'twelk, op anderen grond ontstaan, ook na het gebeurde kan worden uitgeoefend; maar dat een bestaand regt daardoor niet verviel, was te weinig twijfelachtig om uitdrukkelijk gezegd te moeten worden. Wij hebben daarom in die bepaling veelmeer de toekenning van een regt te zien, waardoor de wet zelve in het verondersteld geval een regt verleent, dat anders ten gevolge van een afstand der actie van den schuldeischer zou kunnen worden verkregen, maar daardoor nu dien geheelen afstand, met de moeite en kosten daaraan verbonden, overbodig heeft gemaakt. Wij hebben nu niet te vragen, of hier zaakwaarneming plaats had of niet, noch van iets anders te spreken; degene die bij vergissing betaald heeft kan, nu de schuldeischer het betaalde niet behoeft terugtegeven, het van den schuldenaar vorderen, en deze moet, wat hij anders aan den schuldeischer schuldig was, aan hem betalen (1).

Wat betaald is zonder verschuldigd te zijn, kan teruggevorderd worden, art. 1395*a*, en wie in betaling ontvangen heeft, wat hem niet verschuldigd was, moet dat teruggeven, hetzij hij het bij vergissing deed of desbewust, art. 1396. De wet bepaalt intusschen de regten en verpligtingen der partijen verschillend, naarmate degene, aan wien betaald werd wat hem niet verschuldigd was, het te goede of te kwader trouw ontving. Zij doet dat in art. 1398 en 1399, die, terwijl ze beide zich aansluiten aan de genoemde bepalingen, tegelijk elkander aanvullen.

Die wat hem niet verschuldigd was te goede trouw ontvangen heeft, en dus in den waan dat het hem toekwam, is in het algemeen verpligt het terugtegeven, maar ook niet tot meer. Hij behoeft niet ook interessen en vruchten af te geven, noch ook kosten, schaden en interessen te vergoeden, wanneer de zaak eenige vermindering heeft ondergaan; tot dat een en ander is wel, volgens art. 1398*a*, degene die te kwader trouw ontving, maar ook bepaaldelijk deze en alleen deze verpligt, in tegenstelling van hem, van wien eerst in art. 1399 afzonderlijk

(1) Verg. hierbij OPZOOMER, B, VI, bl. 295 en v.; LAURENT, XX, n. 364.

gehandeld wordt, en te wiens aanzien van zoo iets geen sprake is (1). Gold het eene bepaalde zaak, en is deze buiten zijne schuld vergaan, zoo is daardoor overeenkomstig art. 1480*a* de verbindtenis vervallen.

De wet bepaalt voorts in het bijzonder te zijnen aanzien in art. 1399*a*, dat hij, zoo hij de ontvangen zaak verkocht heeft, volstaan kan met den koopprijs terug te geven. Hij kan daarmede volstaan, dus ook wanneer zij beneden hare waarde verkocht is. Maar er volgt niet uit, dat hij ook den vollen koopprijs moet uitkeeren, wanneer deze de waarde misschien verre overtreft; hij zal dan overeenkomstig art. 1272 kunnen volstaan met vergoeding van kosten, schaden en interessen, omdat hij zich in de onmogelijkheid gesteld heeft om de door hem verschuldigde zaak af te geven. Wat van den koopprijs gezegd is, geldt in het algemeen van hetgeen hij voor de zaak gekregen heeft, en is dus in geval van ruiling ook van toepassing op de ingeruilde zaak. Maar wanneer hij de zaak verkocht, en voor den koopprijs eene andere zaak aangekocht heeft, kan hij zonder toestemming der tegenpartij niet ook volstaan met die af te geven; haar heeft hij niet voor de ontvangen zaak verkregen, maar ten gevolge eens daaraan vreemde handeling, welke die tegenpartij niet aanging, en art. 1399*a* laat hem slechts met de afgifte van den koopprijs vrij, zonder hem nog verder te gemoet te komen. Met betrekking tot die bepaling zij nog opgemerkt, dat zij van teruggave van den koopprijs spreekt, natuurlijk in de veronderstelling dat hij dezen heeft ontvangen; is dat nog niet het geval, dan is, hetgeen hij voor de zaak gekregen heeft, eene schuldvordering ter zake en ten bedrage van dien prijs, doch dan behoeft hij ook dezen niet uit te keeren, maar kan hij volstaan met zijn regt daarop af te staan. Dit is redelijk, en dat het in overeenstemming is met de bedoeling der wet, kan ook in art. 1399*b* eene bevestiging vinden.

De wet zegt hier, dat hij, indien hij de zaak te goeder trouw

(1) Zie echter, met name wat de vruchten betreft, OPZOOMER, A, III, bl. 55, 2e uitg., II, bl. 105, B, VI, bl. 229. Verg. DE HARTOG, t. a. p., bl. 389.

om niet heeft vervreemd, niets behoeft uit te keeren. Art. 1480*a* is hieraan geheel vreemd. Ook is dit geen gevolg daarvan, dat hij, niet meer in het bezit zijnde van het ontvangene, het ook niet behoeft af te geven (1); hij was hiertoe toch niet verpligt als houder tegenover een ander als eigenaar; zelf eigenaar zijnde was hij daartoe gehouden ten gevolge der uit betaling zonder schuld geboren verbindtenis. Maar terwijl hij het ontvangene, dat het hem niet toekwam, niet ten nadeele van den betaler mag behouden, heeft men aan den anderen kant hem ook willen behoeden tegen eigen nadeel; dit was de reden van art. 1399*a*, het is ook die van het tweede lid. Maar nu wordt hier dan ook uitdrukkelijk gevorderd, dat hij de zaak te goeder trouw om niet heeft vervreemd, nog in de meening zijnde dat ze hem teregt is afgegeven, en hij het dus deed ten nadeele van hem zelven, niet van een ander aan wien hij haar anders zou moeten afgeven. Dat de wetgever daarvan alleen hier, en niet ook in het eerste lid spreekt, is misschien daaraan toe te schrijven, dat schenking eerder dan verkoop met eene veranderde zienswijze in verband kan staan, en men om die reden daarvoor een vereischte meende te moeten stellen, waarvan het andere niet evenzeer afhankelijk gesteld behoefde te worden.

De bepaling van art. 1399*a* komt ook voor in den C. N. (art. 1380), die van het tweede lid niet. Nu werd indertijd naar de reden van deze gevraagd, en daarop geantwoord, dat volgens het eerste lid de koop geldig is, en de verkooper alleen gehouden om den ontvangen prijs terug te geven, omdat hij hierdoor bevoordeeld is; dat in geval van schenking derhalve ook die daad naar dezelfde beginselen geldig zijn moet, doch de schenker tot geene teruggave gehouden is, omdat hij niets ontvangen heeft (2). Maar nu zien wij dan ook daarin den gedachtengang des wetgevers. Die te goeder trouw ontving, moet het ontvangene teruggeven, en ook wat hij daarvoor in de plaats gekregen heeft, maar meer ook niet, en dus niets als hij haar

(1) Verg. TOULLIER, XI, n. 96; LAROMBIÈRE, op art. 1380, n. 2; DEMOLOMBE, XXXI, n. 401.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 79; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 530.

te goeder trouw heeft weggedaan, zonder er iets voor te krijgen. En terwijl in art. 1398, met betrekking tot hem die het betaalde te kwader trouw ontving, sprake is van vergoeding, wanneer de zaak eenige vermindering onderging, en van betaling der waarde wanneer zij vergaan is, maar art. 1399 daarvan niet spreekt, mogen wij aannemen, dat de ontvanger te goeder trouw daartoe niet verpligt is, al heeft het ook door zijn toedoen plaats gehad, verondersteld altoos, dat hij nog te goeder trouw was, en onbekend met het bestaan eener verbindtenis, die hem tot afgifte en daarmede tot de zorg van een goed huisvader verpligtte, behalve voor zoo ver hij er zelf door bevoordeeld mogt zijn (1).

Daar werd indertijd nog eene andere bedenking gemaakt, betreffende het onbepaalde woord „zaak", wat ten gevolge zou hebben, dat men in het tweede lid daaronder ook geld begreep, te meer omdat in het voorgaand art. gesproken wordt van interessen en vruchten, maar dat het eene wijde deur voor de kwade trouw zou openen, wanneer men de teruggave eener ten onregte ontvangen betaling in geld kon ontwijken onder het voorwendsel, dat het eene gift (men bedoelde zeker dat het weggeschonken) was (2); maar die opmerking is zonder gevolg gebleven, en ik geloof teregt. Het komt ook mij voor, dat, terwijl men veelal onder „zaak" iets anders dan geld verstaat, het woord in art. 1399*b* even algemeen mag worden opgevat, als „iets hetwelk onverschuldigd te goeder trouw ontvangen was" in het eerste lid; maar ik meen tevens dat, terwijl hier, in weerwil van de algemeenheid der uitdrukking, toch aan iets anders dan geld gedacht moet worden, omdat dit laatste, dat we niet met geldstukken verwarren moeten, geen voorwerp is van verkoop, in het tweede lid juist eene algemeene uitdrukking past, omdat eene vervreemding om niet zoo wel geld als iets anders kan betreffen, en voor het een zoowel als voor het ander hetzelfde dient te gelden (3). De vrees, die tot de beden-

---

(1) Verg. DE HARTOG, t. a. p., bl. 389. Zie ook OPZOOMER, B, VI, bl. 301.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 80; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 622.

(3) Anders echter DE HARTOG, t. a. p., bl. 389.

king aanleiding gaf, was ongegrond. Onder voorwendsel eener gift moet men geene teruggave van geld kunnen ontgaan, maar onder voorwendsel van verkoop moet men zich ook niet kunnen afmaken van de teruggave van iets anders, met afgifte van het bedrag dat men goedvindt als koopprijs op te geven. Er moet werkelijk een verkoop hebben plaats gehad, en daarvoor is bewijs noodig, zoodat de regter dien als een feit kan aannemen, en dit zal eveneens het geval zijn met eene schenking van geld; en is dat bewijs ten aanzien van het laatste moeijelijk, dan zal daarvan een gevolg zijn, dat een beroep op een beweerde schenking veelal weinig baten zal, maar dan zal juist daarom ook voor misbruik te minder te vreezen zijn. Doch het is zeer wel mogelijk, dat het geld werkelijk is weggegeven, en dit ook voor het noodige bewijs vatbaar is; het is daarbij zeer mogelijk, dat het in betaling is ontvangen door iemand, die niet wist dat het hem ten onregte werd betaald, maar die ook niet wist dat hij er werkelijk aanspraak op had, b.v. doordien hij als erfgenaam nog niet genoeg met de inschulden van den erflater bekend was, of uit andere hoofde niet op de betaling rekende, en zoo te ligter en toch zeer te goeder trouw tot de schenking besloot, en dan is het volkomen redelijk, dat de bepaling van art. 1399*b* ook voor hem geldt. En dit moet het doen en doet het, hetzij hij het ontvangene in dezelfde of in andere stukken heeft weggegeven, en niet alleen wanneer hij het in zijn geheel, maar ook voor zoo ver hij het weggegeven heeft.

Die te kwader trouw ontvangen heeft wat hem niet verschuldigd was, moet het ook teruggeven, maar volgens art. 1398*a* met interessen, vruchten en vergoeding voor vermindering. De interessen, waarbij we te denken hebben aan betaling van geld, zijn daarvoor verschuldigd van den dag der betaling, niet eerst sedert eene aanmaning of vordering tot teruggave (art. 1286); ook niet ten gevolge hiervan, maar van regtswege, gelijk dat b.v. volgens art. 471*a* met den voogd het geval is ten aanzien van het slot van rekening, sedert den dag dat deze gesloten is; verder hetzij het ontvangene belegd is en interessen opbrengt of niet, en in het eerste zoowel als in het tweede geval naar den door de Wet van 22 December 1857, Sb. n. 171, bepaalden

maatstaf van vijf of zes ten honderd in het jaar. De bepaling omtrent de vruchten ziet op andere zaken, die geen interessen, maar hetzij dan natuurlijke of burgerlijke vruchten opleveren. Van zaken die geen vruchten opleveren zijn ze ook niet verschuldigd, ook dan niet, wanneer zij ze hadden kunnen opleveren en hij ze dus had kunnen genieten (1). Dat ook de vruchten moeten worden afgegeven sedert den dag der betaling, wijst wel aan dat de verpligting bestaat ten aanzien van al de na dat tijdstip genoten vruchten, niet dat de verpligting ook moet worden uitgestrekt tot niet genotene, maar die hij of de andere partij had kunnen genieten; dat een bezitter te kwader trouw ook deze schuldig is, vloeit niet voort uit zijne verpligting tot afgifte der vruchten, maar uit de bepaling van art. 634 1°, waarin aan die verpligting een zoo groote omvang gegeven is, doch die bepaling is vreemd aan de verpligting waarvan hier sprake is; hij die te kwader trouw onverschuldigde betaling ontving, is geen bezitter te kwader trouw, zoo als art. 634 dien bedoelt en tegenover een eigenaar stelt, en wat van zoo iemand gezegd is, geldt daarom niet ook van den ander, en is van dezen niet gezegd. De verpligting tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien de zaak eenige vermindering heeft ondergaan, waarvan verder nog in art. 1398*a* sprake is, is niet beperkt tot eene vermindering door toedoen of schuld van den ontvanger, en dat ze hiertoe niet beperkt moet worden, blijkt uit art. 1398*b*.

Hier is uitdrukkelijk bepaald, dat, indien de te kwader trouw in betaling aangenomen zaak vergaan is, de ontvanger de waarde moet betalen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, al had zulks ook door toeval, en dus zonder toedoen of schuld van hem plaats gehad. Wij hebben daar dus eene bepaling van gelijke strekking, als die van art. 1480*d* ten aanzien der verpligting tot teruggave eener gestolene zaak, en rustende op gelijken grond (2). En zoo vinden wij ook in de uitzondering, die art. 1398*b* verder laat volgen voor het geval, dat de ont-

(1) Zie echter OPZOOMER, B, VI, bl. 229, 298. Verg. LAURENT, XX, n. 372 en v.

(1) Verg. hierboven, X, bl. 708 en v.

vanger bewijzen kan, dat de zaak insgelijks vergaan zou zijn, wanneer zij gebleven was onder dengene wien zij nu moest worden teruggegeven, eene bepaling, die overeenstemt met hetgeen in art. 1480*b* gezegd is omtrent eenen schuldenaar, die in gebreke is om de zaak die hij leveren moet af te geven (1), en die hier gelijk daar dienen moet om te beletten, dat een in het algemeen regtvaardige regel in de bijzondere gevallen onbillijk en hard zou werken, en in plaats van den een tegen den ander te beschermen, hem ten koste van dezen een voordeel verschaffen zou, waarop hij om geen enkele reden eenige aanspraak heeft. Dat de verpligting tot afgifte der vóór het vergaan der zaak genoten vruchten, in het eerste lid uitgesproken, blijft bestaan, ook voor hem die volgens het tweede lid voor de zaak zelve niet aansprakelijk is, mag dunkt mij als genoegzaam zeker beschouwd worden (2).

Het maakt dus een groot verschil, of hij, die aannam wat hem onverschuldigd werd betaald, dat deed te goeder of te kwader trouw. Maar nu kan het zijn, dat hij, destijds niet wetende dat het hem niet toekwam, dit later verneemt; wat dan? Er wordt beweerd, dat hij dan van dat tijdstip af de gevolgen eener ontvangst te kwader trouw zal ondervinden (3); doch die stelling komt mij bedenkelijk voor. Om niet te spreken van de praktische moeijelijkheid, aan het bewijs eener later op een bepaald tijdstip opgekomen bekendheid verbonden, ik vind in de wet geen grond voor de verandering, die daardoor in de regtsbetrekking der partijen zou ontstaan. Ik wensch geen beroep te doen op art. 2003, 'twelk, een geheel ander onderwerp regelende, aan het onze vreemd is; maar ik wijs wel op art. 1398 en v., waar de verschillende werking juist daarvan afhankelijk

---

(1) Verg. hierboven, X, bl. 706 en v., 709 en v.

(2) Zie echter OPZOOMER, B, VI, bl. 299, n. 4, volgens wien men uit de bepaling zoo als zij gesteld is, aan de letter zich houdend, het tegendeel moet besluiten. Maar moet men zich hier dan juist aan de letter houden?

(3) Zie OPZOOMER, B, VI, bl. 298, n. 1, 3; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 442, bl. 78.

is gesteld, of het betaalde te goeder of te kwader trouw ontvangen is. Doch voor mij heeft ook de aangevoerde redenering geen kracht. Ik kan de redenering niet toestemmen, dat de verwervende verjaring rust op het bezit, en dus op een voortdurenden staat van zaken, welks karakter in het algemeen op eene onveranderlijke wijze bepaald wordt naar de omstandigheden, die den oorsprong daarvan vergezeld hebben; terwijl ik ook in art. 550*b* C. N. zoowel als in ons art. 588*b* zie, dat een bezit, 'twelk aanvankelijk te goeder trouw was, later een bezit te kwader trouw kan worden. En ik kan ook niet aannemen, wat bij wijze van tegenstelling op het voorgaande volgt, dat de verwerving der vruchten rust op eene te goeder trouw gedane inning; dat elke inning in een op zich zelf staand feit bestaat, welks karakter van dat der vroegere onafhankelijk is; en dat dus de ontvanger zich niet op zijne oorspronkelijke goede trouw zou kunnen beroepen, om zich te bevrijden van de teruggave der na het opkomen der kwade trouw genoten vruchten. Dat hij de vruchten voor zich verkrijgt, is een gevolg van het regt daarop, 'twelk de wet verbonden heeft aan het feit dat hij te goeder trouw de betaling heeft aangenomen; en elke inning van vruchten moge onafhankelijk zijn van de voorgaande, zij is het niet van — maar wordt veelmeer beheerscht door — zijne goede of kwade trouw bij het aannemen der betaling. Mij komt het meer aannemelijk voor, dat in de daardoor bepaalde betrekking tusschen de partijen alleen verandering kan komen door eene vordering, tot teruggave der zaak met de vruchten die later mogten worden genoten. Wanneer die vordering wordt toegewezen, dan behoeft men juist niet te zeggen, dat de gedaagde, van het oogenblik waarop zij werd ingesteld, geacht wordt te kwade trouw te zijn, gelijk art. 588*b* dat van den bezitter zegt, om te kennen te geven, dat hij van dat tijdstip af als een bezitter te kwader trouw behandeld zal worden; maar dan is toch in de dagvaarding eene ingebreke-stelling gelegen, die hier hare gewone gevolgen zal medebrengen, en waardoor dus de zaak van dien dag af voor rekening is van dengene, die haar onverschuldigd ontvangen had, en deze verpligt is geworden tot vergoeding van kosten, schaden en interessen.

Ten aanzien der kosten, op wier vergoeding degene, die eene onverschuldigd betaalde zaak teruggeven moet, aanspraak heeft, stelt de wet hem, die haar te goeder, en hem die haar te kwader trouw ontvangen heeft, volkomen gelijk. Volgens art. 1400*a* is hij, aan wien de zaak is teruggegeven — en wij mogen er wel bijvoegen: of teruggegeven moet worden — gehouden, zelfs aan dengenen die haar te kwader trouw bezeten heeft, alle noodzakelijke uitgaven te vergoeden, welke tot behoud der zaak zijn aangewend. Art. 1381 C. N. spreekt van dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose (1). En ook bij ons sprak het oorspronkelijk ontwerp van 1824 van noodzakelijke en nuttige uitgaven; maar omdat dit strijdig werd geacht met eene elders gemaakte bepaling, zijn de woorden „en nuttige" weggelaten (2). Nu mogen er elders andere uitdrukkingen voorkomen (3), met betrekking tot het onderwerp waarvan hier sprake is, hebben wij ons te houden aan die van art. 1400. En dan zullen we moeten denken aan kosten, die aangewend zijn tot behoud der zaak en daarvoor noodzakelijk waren. Kosten die daar buiten liggen behoeven niet vergoed te worden, al is de zaak daardoor ook verbeterd en in waarde vermeerderd; zelfs niet tot het bedrag dier meerdere waarde. Nu kan men met regt beweren, dat voor hem die te goeder trouw ontvangen heeft wel beter had mogen worden gezorgd, en dat hij die betaalde op zijne kosten bevoordeeld kan worden (4), men dient toch ook te bedenken, dat het belang van dezen mede in het oog gehouden moet worden.

---

(1) Verg. o. a. LAURENT, XX, n. 380 en v.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 81 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 180 en v., 531.

(3) Terwijl art. 634 1° met betrekking tot den bezitter te kwader trouw spreekt van kosten tot behoud der zaak gemaakt, spreekt art. 630*b* ten aanzien van dien te goeder trouw van noodzakelijke uitgaven, tot het behoud en ten nutte der zaak aangewend. Art. 1203*b* spreekt van nuttige en noodzakelijke onkosten tot behoud van het pand gemaakt.

(4) Zie ook OPZOOMER, B, VI, bl. 304 en v.

Volgens art. 1400*b* is voorts de bezitter, degene die door de betaling de zaak onder zich gekregen heeft, geregtigd om haar zoo lang in zijn bezit te houden, totdat de bedoelde uitgaven vergoed zijn. Deze bepaling, in den C. N. niet voorkomende, is door onzen wetgever aan die van het eerste lid toegevoegd. Nu schijnt niet te zijn opgemerkt, dat in verband daarmede de aanhef van dat eerste lid veranderd had moeten worden, en niet meer enkel mogt spreken van hem wien de zaak is teruggegeven; zeker mogt ik er althans wel bijvoegen: of teruggegeven moet worden. Hetzij men nu hier al of niet te denken heeft aan een regt van terughouding (1), de bepaling zelve is hier zeker even goed als elders geregtvaardigd.

De wet spreekt alleen van noodzakelijke uitgaven, aangewend tot behoud der zaak die teruggegeven moet worden, niet ook van die, welke gedaan zijn en moesten worden wegens de vruchten, die eveneens moeten worden afgegeven. Zij laat zich daarover niet uit, en zegt daarvan noch hetzelfde, noch het tegendeel of iets anders. Intusschen komt het mij voor, dat men hem, die de vruchten moet afstaan, ook een regt mag teekennen tot aftrek of teruggave dier kosten (2). Vooreerst is dit, dunkt mij, een ondubbelzinnige eisch der billijkheid; maar deze is bovendien zoowel voor den bezitter te kwader trouw, als voor hem die althans aanvankelijk te goeder trouw was, in art. 630 en 634 zoodanig erkend en bekrachtigd, dat men daaruit bij analogie ook hier tot een gelijk besluit mag komen.

De wet behandelt hier alleen de verbindtenis tusschen hem door, en hem aan wien onverschuldigd is betaald, niet de regten van dezen en van genen in het algemeen, met name ook tegen derden die de zaak onder zich hebben. Nu kan zeer ligt de vraag zich voordoen, of hij, die bij wijze van betaling eene niet verschuldigde zaak heeft afgegeven, haar ook van eenen derde kan terugvorderen, aan wien zij intusschen is afgestaan,

---

(1) Hierboven, VII, bl. 680, in verband met bl. 677 en v., deed ik dat. Anders DE HARTOG, t. a. p., bl. 391. Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 305.

(2) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 303.

en die vraag, waarover verschillende meeningen bestaan (1), is hier door de wet niet beslist. In art. 1426 Wetb. van 1830 volgden op de bepaling, die nu art. 1399*b* uitmaakt, nog deze woorden: en hij die de zaak ontvangen heeft blijft eigenaar daarvan; en daaruit liet zich gereedelijk eene gevolgtrekking in gelijken zin afleiden voor het geval eener vervreemding onder bezwarenden titel. Doch bij de herziening zijn ze weggelaten, en wel, volgens de memorie van toelichting, „omdat het vraagstuk, of de begiftigde in zoodanig geval al of niet eigenaar van het geschonkene blijft, niet in dezen titel behoort, maar volgens de regelen van den derden titel des Tweeden Boeks, handelende van de reïvindicatie en de gevolgen daarvan, moet worden beoordeeld" (2); en niet ten onregte begreep men niet ter loops hier iets te moeten beslissen, wat wel met het hier besproken onderwerp in verband staat, maar toch beoordeeld moet worden naar algemeene bepalingen, elders voorkomende omtrent een onderwerp, welks regeling ook het onze beheerschen moest. De vraag is in de naaste plaats, of de begiftigde, en zoo ook de kooper, in het algemeen degene die de onverschuldigd geleverde zaak voor zich van hem aan wien zij geleverd was gekregen heeft, eigenaar daarvan geworden was; en verder, want daarvan hangt dat eerste af, of hij, aan wien onverschuldigd betaald was, daardoor zelf eigenaar was geworden. Zoo ja, dan heeft de betaler opgehouden eigenaar te zijn, en kan hij dus de zaak niet als zijn eigendom opvorderen van den derde, die nu zelf de eigenaar is; hij heeft dan enkel eene vordering tegen hem aan wien hij betaalde, en die tegenover hem tot teruggave verbonden is. Zoo neen, dan is de betaler wel eigenaar gebleven, maar dan ook geregtigd om de zaak als de zijne op te eischen van een derde, die enkel houder, maar

---

(1) Zie b.v. DE PINTO, II, § 800, 5e uitg., bl. 541, 6e uitg., bl. 567, met wiens ontkennend antwoord ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VI, n. 656 instemde; voorts TOULLIER, XI, n. 97—99; DURANTON, XIII, n. 683; MARCADÉ, V, bl. 260 en v., op art. 1378—80, n. III; LAURENT, XX, n. 378.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 80 en v.

geen eigenaar is. En nu komt het dus voornamelijk aan op de vraag, of betaling zonder schuld al of niet eene wijze van eigendomsverkrijging is; en die vraag moet voor ons regt naar de bepalingen van onze wet beoordeeld worden. Daarvoor hebben wij te letten op art. 639, en wel op de wijze die daar in de laatste plaats genoemd wordt, en te vragen, of we hier hebben eene opdragt of levering ten gevolge van — of in verband met — een regtstitel van eigendomsovergang. Zonder twijfel hebben wij die bij eene werkelijke betaling; nevens het feit der afgifte of levering staat hier de afdoening der schuld door overdragt van het verschuldigde, waaraan de levering hare beteekenis ontleent. Doch zoo is het niet bij eene betaling zonder schuld, waarbij dus datgene ontbreekt, wat voor eene betaling verondersteld wordt, en zonder 'twelk er geene werkelijke betaling plaats hebben kan. Maar dan kan ook de werking van deze niet geacht worden plaats te hebben, en geldt dit bepaaldelijk ook van de eigendomsoverdragt, waarvoor de wet nu eenmaal zekere vereischten stelt, zonder welke zij niet bestaat. En had er geen eigendomsoverdragt plaats, dan is hij, die de zaak bij wijze van betaling heeft afgegeven, eigenaar gebleven, en hij, die haar in dier voege ontvangen heeft, wel houder of zoo men wil bezitter, maar geen eigenaar geworden; doch dan kon deze ook door verdere overdragt een ander niet tot eigenaar, maar enkel tot houder of bezitter maken. En zoo bestaat er dus van dien kant geen beletsel tegen eene revindicatoire vordering, en moet deze niet in het algemeen ontzegd worden aan dengene, die tot betaling iets heeft afgegeven zonder het schuldig te zijn (1).

---

(1) Geheel anders OPZOOMER, A, III, bl. 50 en v., 2e uitg., II, bl. 101 en v., B, VI, bl. 224 en v. Volgens hem is voor de eigendomsoverdragt buiten de traditie alleen noodig de wil van den eigenaar om den eigendom der zaak over te dragen. Maar deze stelling vindt geen steun in de wet, en heeft aan dien van DONELLUS niet genoeg. O. merkt op, dat men hier ligt door art. 639 in verwarring zou geraken en, buiten de traditie en den wil van hem die geregtigd was over den eigendom te beschikken, een derde vereischte meenen te zien in den regtstitel van eigendomsovergang die er gevorderd wordt; en hij laat er op volgen: „Men zou zich aan groote dwaling schuldig maken. Die

Maar daarom moet zij nu nog niet in het algemeen aan hem worden toegekend. Met betrekking tot roerende goederen, die noch in renten bestaan noch in inschulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, en dus ook met betrekking tot muntspeciën en papieren aan toonder, geldt het bezit als volkomen titel, en dit in art. 2014*a* uitgesproken, maar voor het geheele burgerlijk regt geldend beginsel vindt ook hier zijne toepassing, en dringt tot eene zeer belangrijke en zeker de meeste gevallen uitsluitende beperking. Maar die beperking is geene algemeene opheffing. Zij treft geen onroerend goed, en al zal dit niet ligt bij wijze van betaling worden afgeleverd zonder verschuldigd te zijn, onmogelijk is het toch niet; men denke b.v. aan het geval eener overdragt ter voldoening aan een legaat, gemaakt in een testament, dat later blijkt valsch of vervalscht of uit anderen hoofde nietig te zijn. En ook ten aanzien van roerend goed geldt alleen het bezit van hem, die het voor zich, als het zijne onder zich heeft, als volkomen titel (1). Voor hem die het in huur, ter leen, tot bewaring onder zich heeft, die het dus voor een ander bezit, is dat niet het geval; en degene, die het onverschuldigd ter betaling heeft afgegeven, kan het van den zoodanige opvorderen, niet juist omdat deze het onder zich heeft voor iemand die jegens hem tot teruggave gehouden is, maar omdat hij dat volgens art. 629 kan van iederen houder,

---

titel is alleen vermeld, om te kennen te geven, dat levering slechts dan een eigendomsoverdracht bewerken kan, als de bedoeling was een overgang van eigendom tot stand te brengen"; en dan wordt weder DONELLUS er bij geroepen. Mij komt het voor, dat daarin eene miskenning van art. 639 ligt, en dat deze bepaling niet de uitdrukking behelst van den zin, die aan een niet uitgesproken vereischte gehecht moet worden, maar regtstreeks uitdrukt, wat nevens de levering noodig is voor eigendomsverkrijging op de daar in de laatste plaats genoemde wijze. En het komt mij tevens voor, dat eene leer, volgens welke de werking eener betaling zonder schuld geheel dezelfde zijn zou als die eener werkelijke betaling, wat toch het geval zou zijn zoo het enkel op den wil van overdragt aankwam, op zich zelf bezwaarlijk geacht kan worden natuurlijk de ware te zijn.

(1) Verg. hierboven, VI, bl. 381 en v.

wanneer het maar niet door een ander beginsel, zooals dat van art. 2014*a*, wordt belet. Tot zoodanig resultaat meen ik, dat men door de wet en de door haar erkende beginselen wordt geleid. En dan komt het mij tevens voor, dat er geen onderscheid gemaakt moet worden, noch tusschen hem die te goeder en hem die te kwader trouw het hem tot betaling aangebodene heeft aangenomen, noch tusschen eene vervreemding die onder een bezwarenden titel en eene die om niet door hem is gedaan. Vraagt iemand nu, waarom de wet in art. 1398 en v. van de regten van den betaler tegenover den ontvanger spreekt, wanneer gene ook een regt van terugvordering heeft tegenover dengene aan wien de zaak is vervreemd, althans mede voor dat geval, dan moge hij bedenken, dat deze vordering gegrond moet zijn op eigendom, waarvan het bewijs wel eens moeijelijk of niet te leveren kan zijn. En vraagt men, of dan nu de betaler èn tegenover den ontvanger èn tegenover den derde zijn regt kan doen gelden, dan zal het antwoord wel moeten zijn, dat hij dat kan, maar na zijn doel tegen den een bereikt te hebben, niet ook nog tegen den anderen kan optreden.

§ 29.

Van onregtmatige daden.

Wanneer iemand door toedoen van een ander eenig nadeel lijdt, kan daaruit voor hem een regt op, en voor een ander eene verpligting tot vergoeding ontstaan, niet alleen in verband met eene reeds bestaande verbindtenis, maar ook voor hen, tusschen wie zoodanige betrekking niet bestond. Het is dan zelf de oorzaak eener zelfstandige, daaruit voortvloeijende verbindtenis. Eene zoodanige regtsbetrekking toch tusschen alle personen aan te nemen, ook die nooit iets met elkander te doen gehad hebben en even zeker nooit iets met elkander te doen zullen krijgen, dus b.v. ook tusschen mijn barbier en den Engelschen consul op Madera, uit kracht waarvan de een den ander geen nadeel mag toebrengen, zoodat, wanneer dit evenwel geschiedt, die verbindtenis hierdoor geschonden wordt, en dien-

tengevolge vergoeding verschuldigd is, is al te hersenschimmig en te gekunsteld, dan dat, hetzij voor de theorie, hetzij voor de praktijk, daaraan eenige waarde gehecht kan worden (1). En wat kan er tegen zijn, om het toebrengen van nadeel te erkennen als eene afzonderlijke oorzaak eener verbindtenis, die daardoor ontstaat, maar ook eerst daaruit voortspruit? — Bepaaldelijk hiervoor nu gelden de bepalingen van art. 1401 en v.

Die verbindtenis heeft tot onderwerp de vergoeding der veroorzaakte schade. En dit woord zal hier in ruimen zin moeten worden opgevat; zoodat, ofschoon de wet hier niet gelijk in art. 1282 van kosten, schaden en interessen spreekt, daaronder toch ook begrepen moet worden het verlies, 'twelk de benadeelde heeft geleden, en de winst, die hij heeft moeten derven. Terwijl de daar gebezigde uitdrukking in meervoudigen vorm verschillende elementen van nadeel opnoemt, is het enkelvoudige woord „schade" voldoende om die alle te omvatten; en als we nu daaronder zoowel winstderving als werkelijk geleden verlies begrijpen, dan kunnen wij dat doen, niet uit kracht van art. 1282, 'twelk met het oog op andere verbindtenissen geschreven is, maar omdat inderdaad de veroorzaakte schade niet vergoed zal worden, wanneer niet het een zoowel als het ander wordt vergoed (2).

De wet spreekt in art. 1282 van uitzonderingen en wijzigingen, en bepaalt in art. 1283, dat de schuldenaar slechts gehouden is tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, welke men voorzien heeft of heeft kunnen voorzien, ten tijde van het aangaan der verbindtenis. Doch deze bepaling is niet ook toepasselijk bij onze verbindtenissen (3), niet zoozeer om den aard der onderscheiding tusschen voorziene en niet voorziene schade, maar omdat daar sprake is van het al of niet voorziën der schade ten tijde van het aangaan der verbindtenis, wier niet behoorlijke uitvoering de schade teweeg brengt, en daarvan, of *men* toen al of niet deze voorzag of kon voorzien, wat aan de eene en de andere partij doet denken; en omdat zij dus niet

(1) Verg. hierboven, X, bl. 20 en v.

(2) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 319 en n. 2; LAURENT, XX, n. 522.

(3) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 320; LAURENT, XX, n. 523.

past, waar eene verbindtenis eerst ontstaat door en op het oogenblik van eene eenzijdige daad van eene der partijen. Art. 1283 maakt eene uitzondering voor het geval dat het aan de arglist van den schuldenaar — die dit is ten gevolge eener reeds bestaande verbindtenis — te wijten is dat deze niet is nagekomen, en art. 1284 laat er op volgen, dat zelfs dan de vergoeding alleen datgene moet omvatten, wat een onmiddellijk en dadelijk of regtstreeksch gevolg is van het niet nakomen der verbindtenis. Uit dit laatste blijkt, dat ook die bepaling niet voor onze verbindtenissen geldt. En toch behoeft men, geloof ik, niet te aarzelen hiervoor hetzelfde aan te nemen, niet bij wijze van analogische toepassing, maar omdat de verpligting tot vergoeding der door eene daad veroorzaakte schade enkel de schade betreft, die werkelijk door die daad veroorzaakt is, en niet ook die, welke daarna, hetzij in of zonder verband met de zoodanige, door iets anders is teweeg gebragt (1).

Er ontstaat dan in het algemeen eene verbindtenis tusschen hem, wien onregtmatig schade is veroorzaakt, en dengene die haar veroorzaakt heeft of er aansprakelijk voor is. En die verbindtenis gaat over op de erfgenamen van de eene zoowel als van de andere partij. Dit toch is in het algemeen bij verbindtenissen het geval, en dus, bij gebreke van uitzondering, ook bij deze; en dat in art. 1415 uitdrukkelijk gezegd is, dat de regtsvordering tot schadevergoeding, bij art. 1408 vermeld, niet verloren gaat noch door den dood van den beleediger noch door dien van den beleedigde, sluit niet in, dat het anders is met die wegens op andere wijze veroorzaakte schade.

De verschillende wijzen, waarop verbindtenissen te niet gaan, gelden in het algemeen ook voor deze. Maar zij kan ook door tijdsverloop vervallen. Volgens art. 1416*a* vervalt de burgerlijke regtsvordering ter zake van beleediging door verloop van een jaar, te rekenen van den dag dat de daad gepleegd en aan den aanlegger bekend was. En volgens art. 1416*b* gaan alle overige burgerlijke regtsvorderingen tot schadevergoeding, wegens daden welke tot strafvordering aanleiding kunnen geven, te niet door

(4) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 319 en v.

de verjaring die ten opzigte dezer strafvordering is vastgesteld; met andere woorden, door verloop van den tijd voor de verjaring van het regt van strafvordering bepaald (1). De wet toch spreekt daar met betrekking tot de verbindtenis of de burgerlijke regtsvordering niet van verjaring; en dat wij te dien aanzien ook aan geene verjaring, maar aan een vervallen door tijdsverloop denken moeten, laat zich met genoegzame zekerheid afleiden uit de bepaling, die geene burgerlijke vordering meer toelaat nadat de strafvordering verjaard is (2), maar dan ook geene eigene verjaring van gene erkent, die, al was daarvoor ook dezelfde tijd bepaald, voor schorsing en voor stuiting zou bloot staan, zoodat het regt van vordering gedurende veel langeren tijd zou kunnen blijven bestaan. Maar zoodanige bepaling kon alleen gemaakt worden, en is ook alleen gemaakt, voor daden

---

(1) De bepalingen deswege, vroeger te vinden in art. 458—461 W. v. Sv., komen nu voor in art. 70 en v. W. v. Sr.

(2) Hierop wees in der tijd ook de Regering, naar aanleiding eener bedenking, omtrent de regtvaardigheid der bepaling geopperd door eene afdeeling der Tweede Kamer, die opmerkte, dat de publieke actie verjaart door het verloop van een minder aantal jaren, omdat het zwaard der geregtigheid niet boven iemands hoofd moet hangen een groot gedeelte van zijn leven, doch dat dezelfde reden niet bestaat bij de civiele actie, dat integendeel de kennis die men heeft, dat men aan eene actie tot schadeloosstelling onderhevig is, tot een heilzaam middel strekt om de onvoorzigtigheid en nalatigheid te doen vermijden, waardoor men aan anderen schade kan veroorzaken. De verdere verdediging der bepaling door de Regering, daarin bestaande dat de wet bij het vaststellen van den termijn tot verjaring eener publieke actie verondersteld heeft, dat het misdrijf door het tijdsverloop voor geen bewijs vatbaar is, en hetzelfde geldt opzigtelijk de burgerlijke regtsvordering, was zeker weinig geschikt tot overtuiging, omdat de mogelijkheid, dat het feit niet meer bewijsbaar is, kwalijk een voldoende reden zijn kan, om nu ook eene vordering te beletten waar het bewijs geen bezwaar ondervindt; en het was niet vreemd, dat in het verslag der centrale afdeeling op de zaak werd teruggekomen. Zie VOORDUIN, V, bl. 99 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 531 en v., 622. In den geest der Regering sprak ook BARTHÉLÉMY; zie VOORDUIN, V, bl. 82, 83, n. III, en v.; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 40.

welke tot strafvordering aanleiding kunnen geven. Omtrent andere hebben we geene bijzondere bepaling; daarvoor gelden dus de gewone regelen aangaande de verjaring van verbindtenissen, zoo wat den vereischten tijd, als wat de stuiting en de schorsing betreft. Kan het al vreemd voorkomen, dat ter zake van niet strafbare feiten het regt van vordering zoo veel langer in stand blijft, de wet laat geene andere opvatting toe. En met het oog op hetgeen zij in art. 1416*b* bepaalt zal men ook bezwaarlijk tot een ander besluit kunnen komen, dan dat in de gevallen van art. 1403 degene, die aansprakelijk is voor de schade door een ander veroorzaakt, wanneer dit het gevolg was van een strafbaar feit, ofschoon zelf deswege niet strafregtelijk vervolgbaar, toch ook niet meer tot vergoeding veroordeeld kan worden, nadat het regt van strafvordering is verjaard (1).

Met betrekking tot de wijze, waarop men zijn regt op vergoeding kan doen gelden, zij voorts nog het een en ander opgemerkt. Bevoegde regter is hier in het algemeen de arrondissements-regtbank of de kantonregter, naarmate van het gevorderd bedrag; de laatste alleen, wanneer de vordering genoegzaam bepaald is om tot geene veroordeeling voor meer dan *f* 200 te kunnen leiden. Doch wanneer er ter zake van het feit dat de schade veroorzaakt heeft een strafgeding aanhangig is, moet daarom niet, maar kan toch de vordering tot vergoeding ook in dit geding worden aangebragt; bij de regtbank, mits zij niet boven *f* 150, bij den kantonregter, mits zij niet boven *f* 50 gaat; zie art. 202 en v., 218*d*, 253 4° W. v. Sv. Voor de laatste wijze is de behandeling in de genoemde artt. bepaald; voor de andere geldt in het algemeen de gewone manier van procederen. Intusschen behoeft er geen bepaald bedrag gevorderd, en zelfs bij het vonnis geen bepaald bedrag toegewezen te worden; wat ook ligt niet mogelijk is, met name wanneer het feit nog voortdurend schade blijft teweeg brengen, en dus, hoe langer dit aanhoudt, het bedrag daarvan grooter wordt; en nu is wel in het algemeen bepaald, dat de regter, die eene partij verwijst tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, het

(1) Verg. TOULLIER, XI, n. 292; DEMOLOMBE, XXXI, n. 636 en v.

beloop daarvan in het vonnis moet bepalen, maar tevens toegelaten dat, zoo hij dat niet kan, eene regeling bij staat kan plaats hebben op de wijzé, in art. 612 en v. W. v. B. R. nader omschreven. In beide gevallen komt men tot een bedrag bepaald bij of naar aanleiding van een vonnis, vatbaar voor tenuitvoerlegging door de gewone middelen. En wanneer het bedrag de som van *f* 150 te boven gaat, is volgens art. 585 8° W. v. B. R. ook lijfsdwang toegelaten.

De verpligting tot vergoeding kan ontstaan door eigen toedoen, voor hem die zelf door zijne daad of zijn verzuim de schade veroorzaakt heeft, maar ook doordien men aansprakelijk is voor dengene die haar heeft veroorzaakt, of voor datgene wat haar heeft teweeggebragt.

Wat het eerste betreft, de wet opent de behandeling van ons onderwerp met de bepaling van art. 1401: „Elke onregtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebragt, stelt dengene door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verpligting om dezelve te vergoeden." Naar aanleiding daarvan zijn er verschillende vereischten op te merken, die ieder afzonderlijk nader nagegaan moeten worden (1).

Er wordt vooreerst gesproken van eene daad, en dit woord, van zoo veel meer bepaalde beteekenis dan het Fransche fait, drukt op zich zelf geheel hetzelfde uit, wat in art. 1382 C. N. wordt aangeduid als fait de l'homme (2). De wet veronder-

---

(1) Verg. daarover o. a. H. J. KIST, *Over de verbindtenissen die uit onregtmatige daad ontstaan* enz., Leiden 1861; W. THORBECKE, *Iets over de verbindtenis tot schadevergoeding wegens onregtmatige daad*, Leiden 1867; Mr. C J. VAN BELL, in *Themis*, 2, III, bl. 273—283; Mr. G. BELINFANTE, in *Themis*, 2, XII, bl. 341—364; 2, XVI, bl. 285—306; Jhr. Mr. A. VAN DER DOES DE BIJE, in *Themis*, 2, XIII, bl. 389—412; Mr. F. A. R. A. VAN ITTERSUM, in *N. Bijdr. v R. en W.*, XV, bl. 5—64, XVI, bl. 101—126. Ik meen te mogen volstaan met op die schrijvers te wijzen, zonder mij nader met hunne uiteenloopende meeningen in te laten.

(2) De officiële vertaling had daarvoor dan ook alleen het woord: daad; en de Fransche tekst van art. 1428 Wetb. v. 1830 sprak weder van tout fait — de l'homme.

stelt daarbij eene op zich zelve en niet met eene reeds aangegane verbindtenis in verband staande daad, die, wegens de schade welke zij teweeg brengt, zelve de oorzaak wordt eener door haar ontstaande verbindtenis.

Elke daad veronderstelt een dader, en art. 1401 spreekt ook, behalve van de daad waardoor, van dengene door wiens schuld de schade veroorzaakt is. Wie of hoedanig iemand die dader al of niet zijn kan, daaromtrent behelst de wet geenerlei bepaling. Zij geeft dus geene aanleiding tot eenige beperking, maar leidt integendeel tot gelijke erkenning van allen. En deze opmerking vindt in meer dan één opzigt hare toepassing.

Vooreerst ten aanzien van regtspersonen. Dat de wet met betrekking tot ons onderwerp niet van dezen spreekt, kan niemand bevreemden, die bedenkt hoe, behalve van de vereenigingen, in het algemeen geene behandeling der regtspersonen in onze wetgeving gevonden wordt, dat intusschen nevens andere ook regtspersonen door ons regt worden erkend, en dat er nu geene bijzondere bepaling noodig was, om, wat gezegd is van schade door onregtmatige daden veroorzaakt, ook voor hen te laten gelden, maar integendeel wel eene noodig zijn zou om hen daaraan te onttrekken, te meer nog omdat art. 1401 zoo algemeen mogelijk spreekt van elke onregtmatige daad enz.; tenzij ze geacht moesten worden van zelf daaraan onttrokken te zijn. En dit is, zoo ver ik zie, niet het geval. Dat art. 1382 C. N. spreekt van een fait de l'homme (1) — waarbij nog mag worden opgemerkt, dat er niet gesproken wordt van een fait d'un homme — sluit, na hetgeen daarover zoo even gezegd is, voor mij natuurlijk geene beperking in tot menschen, in tegenstelling van regtspersonen. En de bewering, dat een regtspersoon niet handelen, en dus geene onregtmatige daden plegen kan, komt mij ongegrond en onjuist voor. Buiten hetgeen een regtspersoon zelf kan doen, kan immers het bestuur voor hem handelen, en handelt dan hij door het bestuur. Ten aanzien van vereenigingen als zedelijke ligchamen zegt art. 1692 uitdrukkelijk,

(1) Hierop wees de proc. gen. Mr. VAN MAANEN in zijne conclusie vóór H. R. 26 October 1860, o. a. in *N. R. B.*, XI, bl. 217.

dat de bestuurders geregtigd zijn om in naam van het ligchaam te handelen en dit aan derden te verbinden. En al wordt daar, gelijk uit art. 1693 volgt, verondersteld, dat de bestuurders ten aanzien der vereeniging tot de handeling die zij verrigtten bevoegd waren, dan kan ook daaruit geene beperking tot regtmatige daden worden afgeleid; daar immers hunne bevoegdheid, gelijk almede uit art. 1693 volgt, van de hun door de vereeniging uitdrukkelijk of stilzwijgend verleende magt, de regtmatigheid of onregtmatigheid der daad daarentegen van haar eigen karakter afhangt, en beide dus zeer uiteenloopende begrippen betreffen. Zoo kan immers ook een onbevoegde regter een vonnis vellen, dat om zijne onbevoegdheid vernietigd zal worden, maar op zich zelf volkomen juist en regtmatig is; terwijl het vonnis van een regter, die volkomen bevoegd was wat de zaak betreft, hetzelfde lot kan ondergaan wegens verkeerde toepassing of schending der wet enz. (art. 99 W. R. O.). En als nu noch de bepaling der wet noch de aard der zaak daden van regtspersonen uitsluit, dan is het, terwijl anderen gelijke behoefte hebben aan en gelijke aanspraak op vergoeding der schade, hun toegebragt door een onregtmatige daad, hetzij van een natuurlijken of van een regtspersoon, volkomen redelijk art. 1401 ook tegen beiden gelijkelijk te laten gelden (1).

En in de tweede plaats geldt eene zoo algemeen gestelde bepaling, die van geene persoonlijke eischen spreekt, tot geene klasse van daders beperkt is, en niemand uitsluit, ook evenzeer voor minderjarigen van elken leeftijd, voor onder curatele gestelden en getrouwde vrouwen, als voor anderen (2). Dat zij niet even geldig verbonden worden door regtshandelingen en hunnen daarin geopenbaarden wil, doet niets af voor verbindtenissen, die haren grond niet vinden in den wil, maar in eene onregtmatige daad en de daardoor veroorzaakte schade. Tot zulke daden met dat gevolg zijn de bedoelde personen even

(1) Verg. hierboven, I, bl. 381 en v.

(2) Verg. TOULLIER, XI, n. 271; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 84. — Anders o. a. OPZOOMER, B, VI, bl. 318, n 4; *Regtsg. Adviezen*, V, bl. 121—125; MARCADÉ, V, bl. 264, op chap. II, n. II.

goed in staat als anderen, en derden, die zich wel van het aangaan van overeenkomsten met hen kunnen onthouden, maar zich niet meer tegen hunne daden en de gevolgen daarvan in acht kunnen nemen dan tegen die van anderen, hebben daarom ook aan vergoeding van geleden schade tegenover hen gelijke behoefte als tegenover anderen, en daarop gelijke aanspraak. Het is daarom volstrekt niet vreemd, dat de wet te hunnen aanzien geene uitzondering maakt, en hare bepaling hen zoowel als anderen omvat. Maar de wetgever heeft het daarbij niet gelaten. Hij heeft ook in art. 1483*a* uitdrukkelijk gezegd, dat de bepaling van het vorige art. omtrent de nietigverklaring der verbindtenissen, door minderjarigen, door onder curatele gestelden en door getrouwde vrouwen onbevoegd aangegaan, niet toepasselijk is op die, welke voortvloeijen uit een begaan misdrijf, of uit eene daad waardoor aan een ander schade is veroorzaakt. En wat, naar ik meen, uit de algemeenheid van art. 1401 volgt, wordt voor mij door art. 1483*a* tot zekerheid gebragt. Nu is er wel beweerd, dat een beroep op die bepaling „niet mag worden toegelaten. Art. 1483 toch is eene uitzondering op art. 1482, en handelt dus, evenals dit, over hen, wier wil geen volledige werking kan hebben, maar volstrekt niet over hen, die in het geheel niet kunnen willen" (1); maar ik kan daarmede in geenen deele instemmen. De genoemde artt. staan niet tot elkander als regel en uitzondering. Het eerste spreekt van verbindtenissen geboren uit regtshandelingen, met name uit overeenkomsten tusschen partijen aangegaan (2), en zegt daarvan dat ze nietig kunnen worden verklaard; het laatste spreekt van die welke uit eene onregtmatige daad ontstaan, en zegt daarvan dat ze niet ook nietig verklaard kunnen worden; het laatste is zoo min eene uitzondering op het eerste, als het eerste dat is op het laatste. De wet stelt daar tegenover elkander verschillende verbindtenissen, uit verschillende bronnen voortgevloeid, maar geeft geene aanleiding tot onderscheiding van hen wier wil

(1) Zie OPZOOMER, t. a. p. In gelijken geest ook GOUDSMIT, *Pand.*, I, § 74, bl. 183, n. 1.

(2) Verg. hierboven, X, bl. 675 en v.

geen volledige werking kan hebben, en hen die in het geheel niet kunnen willen. Zij had ook geene reden tot zoodanige onderscheiding met betrekking tot verbindtenissen, die haren grond in geheel iets anders vinden dan in den wil van den dader. Zij doet ook nergens denken aan zulken, die in het geheel niet kunnen willen, en het bestaan van zoodanigen is, zoo al niet in de werkelijkheid, althans in de wet onbekend. Wanneer eene daad het gevolg moet zijn van een wil, dan kan, waar deze ontbreekt, ook gene niet bestaan, en komt het dus niet te pas over de kracht en werking eener daad te spreken, en dan gaat het niet aan, waar we met eene daad te doen hebben, allen wil te ontkennen (1).

De daad moet, om eene verbindtenis te doen ontstaan, eene onregtmatige, eene ongeoorloofde (2), door de wet of eene van

(1) OPZOOMER, en zoo ook GOUDSMIT, t. a. p., voert aan, dat in art. 3020 Ontw. v. 1820 uitdrukkelijk was bepaald: „Alle personen, zonder onderscheid, zijn uit dezen hoofde aansprakelijk, uitgezonderd alleen kinderen beneden de twaalf jaren en geheel zinneloozen". Wanneer zij daarmede hunne stelling meenden te bevestigen, en dat is blijkbaar het geval, dan dient door ons te worden opgemerkt, dat onze wet zoodanige bepaling niet behelst, en onze wetgever haar dus niet heeft opgenomen. Maar tevens, dat ook de Ontwerper niet sprak van hen die in het geheel niet kunnen willen; dat hij zich zeker het vermogen daartoe niet heeft voorgesteld als aanvangende op den twaalfden verjaardag, en dat hij dus begrepen heeft, dat een wetgever niet met zulke, zoo al niet geheel ongepaste, dan toch al te onbepaalde uitdrukkingen kan volstaan, maar zoo hij eene uitzondering wilde maken, ook zooveel mogelijk eene grens zou moeten aanwijzen, waarnaar de regter zijn oordeel kan bepalen. Hoe dit zij, tegenover het beroep op art. 3020 Ontw. v. 1820 is er alle reden om te vragen, of de aansprakelijkheid, daar uitdrukkelijk uitgesloten, dáárom nu ook naar ons regt uitgesloten is, al is dit in ons B. W. niet eveneens uitdrukkelijk geschied, en of, wanneer het van belang was op die uitdrukkelijke uitsluiting in het Ontwerp te wijzen, het volslagen gemis daarvan in het B. W. eene geheel onverschillige zaak is, en althans niet belet, dat de uitsluiting zelve toch even goed als regt geldt.

(2) Art. 1428 Wetb. v. 1830 sprak in den Franschen tekst van tout fait illicite de l'homme.

de bevoegde magt afkomstige verordening verbodene zijn. Eene daad, waartoe de dader geregtigd is en waardoor hij eenvoudig zijn regt uitoefent, kan ook wel aan een ander schade veroorzaken (1), maar dit is in het algemeen voor hem geen reden om zijn regt ongebruikt te laten, noch ook om die schade te moeten vergoeden. De wetgever kan, ter voorkoming van nadeel voor anderen, de natuurlijke vrijheid van handelen door verbodsbepalingen beperken, zooals hij dat o. a in den titel van de regten en verpligtingen tusschen eigenaars van naburige erven gedaan heeft, en dan is de op zich zelf geoorloofde daad eene onregtmatige en art. 1401 toepasselijk geworden; maar daartoe is dan ook zoodanige bepaling noodig. Intusschen was in art. 1382 C. N. niet alleen dat vereischte niet uitgesproken, maar zelfs gezegd, dat tout fait quelconque de l'homme de verbindtenis ten gevolge heeft. Desniettemin werd echter door de schrijvers aangenomen, dat toch alleen ongeoorloofde daden dat gevolg hebben (2). En de plaats, die de bepaling inneemt als eerste eener afdeeling des délits et des quasi-délits, levert daarvoor ook wel grond op; meer, geloof ik, dan het woord „faute", dat ook in het art. voorkomt, maar enkel de betrekking van den dader tot de daad, niet het karakter van deze betreft. Onze wet spreekt bepaaldelijk van onregtmatige daden, vordert dus daden van een bijzonder karakter, en beperkt daardoor de anders te algemeen uitgedrukte bepaling. Nu werd echter indertijd voorgesteld het woord wederregtelijke (illicite) weg te laten; maar de Regering antwoordde daarop, dat men dat woord met opzet had gebezigd, om de menigvuldige twistge-

---

(1) Volgens l. 151 D. de reg. juris (50, 17) nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet. Het is mogelijk dat PAULUS, toen hij dat in zijn werk op het edictum schreef, in het verband waarin hij dat deed daartoe volkomen regt had; maar of het nu nog past, zonder zoodanig verband, eenvoudig omdat het in het corpus juris staat, het hem na te zeggen, mag gevraagd worden.

(2) Zie TOULLIER, XI, n. 117 en v.; DURANTON, XIII, n. 699, 708; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 444, bl. 79 en v., § 446, bl. 81; LAROMBIÈRE, op art. 1382 en v., n. 10 en v.; MARCADÉ, V, bl. 264, n. II; DEMOLOMBE, XXXI, n. 665 en v.; LAURENT, XX, n. 401 en v.

dingen te doen ophouden, welke art. 1382 C. N. had opgeleverd, terwijl toch van zelf spreekt, dat niet elke daad die schade veroorzaakt grond tot schadevergoeding oplevert, en dat de onregtmatigheid der daad alleen daartoe aanleiding kan geven (1), en daarin schijnt te zijn berust. Het komt mij dan ook voor, dat onze wetgever de Fransche bepaling teregt aangevuld en daardoor verbeterd heeft (2). In elk geval spreekt onze wet bepaaldelijk van onregtmatige daden, en mag dit door ons niet uit het oog verloren, en art. 1401 alleen op onregtmatige daden toegepast worden.

Onder onregtmatige daden hebben wij, naar ik meen, zoodanige te verstaan, die door de wet, of door eene van de bevoegde magt afkomstige verordening verboden zijn. Die magt behoeft niet bevoegd te zijn om bepalingen te maken omtrent burgerlijk regt, maar enkel tot regeling van onderwerpen die tot haren kring behooren, en daarbij tot voorschriften in het belang der openbare veiligheid enz.; en die voorschriften kunnen dan in zoo ver van invloed zijn op het burgerlijk regt, dat daden, in strijd daarmede verrigt, die anders niet onregtmatig zijn zouden, het nu wel zijn. Provinciale reglementen, gemeenteverordeningen enz., hebben zoodanige kracht. Voorts komt het mij voor, dat, om eene daad onregtmatig te doen zijn, niet tevens noodig is, dat zij eene krenking medebrengt van eens anders regt; maar tevens, dat het laatste zonder het eerste niet voldoende is om haar tot eene onregtmatige te maken (3). Daardoor zou de zaak vrij wat minder bepaald zijn, en grootelijks van 's regters meening afhankelijk; maar tot zoodanige stelling geeft de wet ook geene aanleiding.

Zulke onregelmatige daden nu kunnen al of niet in de termen der strafwet vallen en als misdrijf strafbaar zijn gesteld. In het algemeen, en buiten hetgeen art. 1416*b* omtrent den duur van

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 82; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 531. Verg. ook BARTHÉLÉMY, bij VOORDUIN, t. a. p., NOORDZIEK, I, bl. 40.

(2) Verg. OPZOOMER, B., VI, bl. 317 en v. Anders echter BELINFANTE, in *Themis*, 2, XII, bl. 353 en v., die dè verandering afkeurt.

(3) Zie LAURENT, XX, n. 404 en v.

het regt van vordering heeft bepaald, is dit voor hare werking als bron van verbindtenis onverschillig, en komt dus eene onderscheiding deswege niet te pas. Art. 585 8° W. v. B. R., 'twelk lijfsdwang toelaat voor de vergoeding van kosten, schaden en interessen, de som van *f* 150 te boven gaande, waartoe iemand jegens de beleedigde partij is veroordeeld, voegt er uitdrukkelijk bij: „ter zake van misdrijf of onregtmatige daad", maar stelt deze ook volkomen gelijk. Voorts zij nog opgemerkt, dat het uitsluitend aankomt op het karakter der daad, niet op datgene wat den dader daartoe bewoog, of wat hij daarmede beoogde. De wet vraagt daar niet naar, en stelt daarvan niets afhankelijk; en dit is ook volkomen gepast en natuurlijk, waar zij uit de daad eene verbindtenis laat ontstaan, niet, en ook niet mede, om voor den dader daaraan nadeelige gevolgen te verbinden, en daardoor van het plegen van zulke daden terug te houden, maar eenig en alleen om aan de andere partij regt op vergoeding te verschaffen voor het geleden nadeel, dat door de daad teweeggebragt werd, onafhankelijk van beweegreden of doel. Is de daad regtmatig, dan heeft zij geene zoodanige verbindtenis ten gevolge, al werd zij ook gepleegd om iemand schade te doen lijden. Is zij onregtmatig, dan wordt de dader tot vergoeding verpligt, ook wanneer hij niets kwaads bedoelde. Het komt mij voor, dat de gedachte aan straf geheel vreemd is aan de bepaling van art. 1401, en bij hare opvatting en toepassing niet te zeer verwijderd gehouden kan worden.

Een verder vereischte is, dat door de onregtmatige daad aan een ander schade werd veroorzaakt (1). Trouwens, waar dit het geval niet is, komt geene vergoeding te pas, en kan geene verpligting hiertoe bestaan. Schade nu kan ook door ééne daad voor meer dan één teweeggebragt worden, ook voor verschillende personen op verschillende wijzen; elk heeft dan regt op vergoeding zijner schade, en de dader is jegens den een zoo wel als tegenover den ander daartoe verpligt. De wet spreekt enkel van schade, zonder nadere aanduiding van den aard daarvan. Vraagt men nu, of hier enkel materiële schade bedoeld is,

(1) Verg. o. a. LAURENT, XX, n. 391 en v.

aan onze bezittingen geleden door vermindering van hare waarde of door verhindering van hare vermeerdering of verbetering, of ook morele, onze eer, ons geluk, onze reinste gevoelens treffende (1), dan komt het mij voor, dat de wetgever in het algemeen aan de eerste dacht, die zich ook op de door hem geregelde wijze gevoegelijk door geld laat vergoeden, en dat de laatste, die zich op die wijze kwalijk weer goed maken laat, bovendien zoo onbepaald en rekbaar is, dat men daarmede ook hierom bezwaarlijk rekening kan houden. Nu zijn er in ons B. W. bepalingen opgenomen, die niet voorkomen in den C. N., en met het oog ook daarop komt het mij voor, dat wij in het algemeen enkel aan materiële schade moeten denken, en aan geene andere, behalve voor zoo ver de wet daarvan spreekt; dat bepaaldelijk ook in geval van ligchamelijke kwetsing of verminking geene aanspraak bestaat op andere vergoeding, dan waarvan sprake is in art. 1407, maar dat in geval van krenking in eer en goeden naam ook nog iets anders in aanmerking kan komen.

Met betrekking tot de schade, door de daad toegebragt, meen ik nog te moeten opmerken, dat zij een wettelijk vereischte is voor het ontstaan der in art. 1401 erkende verbindtenis. Daaruit mag worden afgeleid, dat, terwijl het bedrag der vergoeding niet terstond bij den eisch bepaald, en zelfs niet bij het vonnis vastgesteld behoeft te worden, maar later kan worden opgemaakt en vastgesteld overeenkomstig art. 612 en v. W. v. B. R., het feit, dat er schade geleden is, als een noodzakelijk bestanddeel van den grond der vordering, door den eischer gesteld en zooveel noodig bewezen moet worden, en dat bij gebreke daarvan de eisch voor geene toewijzing of verdere behandeling vatbaar is.

Om iemand aansprakelijk te doen zijn tot vergoeding der door zijne onregtmatige daad toegebragte schade, is voorts nog noodig, dat deze door zijne schuld veroorzaakt is. Er moet dus schuld zijn; maar dit woord wordt in zoo verschillende beteekenissen gebezigd, dat wij daarbij staan voor de vraag: wat wil dat

(1) Verg. LAROMBIÈRE, op art. 1382 en v., n. 4; LAURENT, XX, n. 395 en v.; DEMOLOMBE, XXXI, n. 672.

zeggen (1)? Er zijn die meenen, dat, gelijk voor de strafbaarheid van een misdrijf eene toerekenbaarheid van den bedrijver noodig is, die b.v. door jeugdigen leeftijd of krankzinnigheid wordt uitgesloten, zoodanige toerekenbaarheid ook noodig is voor de verpligting tot vergoeding van toegebragt nadeel; en vreemd is dat zeker niet bij wie steeds spreken van en denken aan delicten en quasi-delicten. Het komt mij intusschen voor, dat er geen wezenlijke grond bestaat om, wat van het eene geldt, ook van het andere te laten gelden, en dat dit niet te pas komt, wanneer men het groote onderscheid opmerkt, dat tusschen beide bestaat. Het is volkomen redelijk, dat van eene vervolging tot straf dezulken worden vrijgesteld, die om den toestand waarin zij zich bevinden door hunne daad geen straf verdienen, en tegen wie de rust van den staat of de maatschappelijke orde door geen strafwet kan beschermd worden; maar daarom is het niet ook redelijk, hen vrij te laten van vergoeding van door hen teweeggebragte schade, waartegen men zich tegenover hen niet meer dan tegenover anderen kan beveiligen. En die vergoeding zal niet van hen geëischt worden, om hen te straffen voor hetgeen zij hebben gedaan, maar enkel om voor den ander de hem toegebragte schade weer goed te maken; en daarvan kon men hen niet vrijstellen dan ten nadeele van dezen, die door die vrijstelling verstoken zou worden van eene herstelling der schade, welke hem dan toch zonder eigen schuld onregtmatig is toegebragt. Daar valt bovendien iets anders op te merken. Terwijl voor het strafregt met betrekking tot dit onderwerp uitdrukkelijke bepalingen bestaan, in art. 37 en v. W. v. Sr., en vroeger in art. 64 en v. C. P., hebben wij die voor het privaatregt niet, zelfs niet door eene verwijzing naar gene, en nu schijnt men aan te nemen, dat het in art. 1401 voorkomend woord schuld in dat gemis moet en kan voorzien. Maar mij komt het voor, niet alleen dat men dan toch wel wat veel

(1) En door van faute of van culpa te spreken kan men zich wel het genoegen verschaffen, dat aan het gebruik van een vreemd in plaats van een eigen woord verbonden is, maar dit is ook alles wat er door gewonnen wordt.

gewigt hecht aan een woord van op zich zelf zoo weinig bepaalde beteekenis, en zich met een weinig betrouwbaren grond te vreden stelt, maar ook dat het vreemd geacht zou mogen worden, wanneer de wetgever voor het eene gebied, waarbij het alleen de vraag is of iemand al of niet tot straf vervolgd zal worden, de vrijstelling in uitdrukkelijke bepalingen erkende en door bepaalde voorschriften regelde, voor het ander, waar het de vraag geldt of iemand, die al vast geen schuld heeft, de hem onregtmatig toegebragte schade vergoed zal krijgen of zelf moet dragen, de zaak op naauwelijks merkbare wijze zou erkennen, maar zich van alle regeling zou onthouden, en dus alles aan het goedvinden van den regter overlaten. Doch er is nog iets anders, waarop ik moet wijzen. Daar staat in art. 1401 niet, dat de daad, waardoor de schade is toegebragt, den gedaagde moet kunnen worden toegerekend; en nog minder, wat er noodig zijn zal om dat al of niet het geval te doen zijn. Daar staat almede niet, dat het veroorzaken van schade hem als schuld toegerekend moet kunnen worden. Er staat alleen, dat de schade door zijne schuld veroorzaakt zijn moet. En wanneer wij nu, vrij van allen indruk, dien van elders ontleende voorstellingen op ons kunnen maken, de vraag stellen, wat dat wil zeggen, dan is, geloof ik, de meest natuurlijke beteekenis eenvoudig deze, dat men die schade aan hem te wijten of te danken heeft, dat zij werkelijk door hem veroorzaakt is. Dat is b.v. niet het geval met iemand, die door een stoot van een ander in aanraking is gebragt met — of door gladheid van den grond uitgegleden en gevallen is tegen — eene glasruit, die ten gevolge daarvan gebroken is; dit is in het eerste geval aan dien ander te wijten, door zijne schuld geschied, en die ander zal ook de vergoeding schuldig zijn, niet hij zelf wien het breken der ruit niet te wijten was; in het tweede geval is de schade aan niemand te wijten, en niemand ook tot vergoeding verpligt. Maar wanneer iemand met zijn stok eene glasruit aan stukken sloeg, dan is het breken daarvan door zijne schuld geschied, al was het door hem noch bedoeld noch voorzien, en al was hij ook krankzinnig of een kind dat nog naauwelijks den stok kan dragen en hanteren. En al ben ik bereid van een zoodanige

te zeggen, dat hij geen schuld heeft, dat ik geen schuld in hem vind, ik aarzel toch ook niet te zeggen, dat het zijne schuld was of door zijne schuld geschied is (1). En dit geldt van dengene, wiens daad de schade onmiddellijk heeft toegebragt, maar ook van hem, wiens daad de oorzaak was van het ontstaan der schade.

Schuld in den hier aangeduiden zin is alzoo mede een vereischte voor de verpligting tot vergoeding, en de bewijslast rust natuurlijk ook te dien aanzien op hem, die deze vordert. Het bewijs daarvan ligt opgesloten in dat der omstandigheden, waaronder de schade veroorzaakt is, en daarvoor kunnen alle bewijsmiddelen dienen, ook dat door getuigen en door vermoedens, hoe groot ook het bedrag der gevorderde vergoeding zijn mag (art. 1932, 1940). Verschillende gevallen kunnen zich daarbij voordoen. Bestond er schuld aan zijde van den gedaagde, en aan die zijde alleen, dan zal de eisch moeten worden toegewezen. Blijkt van zijne schuld niet, dan moet die eisch ontzegd worden, hetzij er schuld bestond bij den eischer, of ook bij hem niet. Het kan intusschen ook zijn, dat er schuld bestond aan de eene en tevens aan de andere zijde; wat dan geschieden zal, is in het algemeen door de wet niet bepaald (2), en derhalve aan den regter overgelaten, die dus met het oog op de omstandigheden beslissen kan, zoo als hem het meest gepast voorkomt (3).

Is tot dus ver naar aanleiding van art. 1401 gesproken over eene daad, waardoor aan een ander schade is toegebragt, de

---

(1) Hierin ligt ook het antwoord op de vraag, door PEGASUS, met instemming van ULPIANUS, aangevoerd als grond der stelling, dat een krankzinnige niet aansprakelijk is wegens door hem toegebragte schade: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit; zie l. 5 § 2 D. ad legem Aquiliam (IX, 2).

(2) In art. 534—538 W. v. K. worden met betrekking tot schade, door het overzeilen, aanzeilen, aanvaren en aandrijven van schepen veroorzaakt, vier gevallen onderscheiden, schuld aan een van beide zijden, schuld aan beide zijden, toeval, en onzekerheid omtrent schuld of toeval, en wordt voor elk dier gevallen bepaald, wat het gevolg zal zijn.

(3) Verg. ook DEMOLOMBE, XXXI, n. 502 en v.

wet laat er in art. 1402 op volgen: „Een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt heeft (1). Hieruit volgt niet, en mag ook niet worden afgeleid, dat ieder aansprakelijk is voor schade, die hij had kunnen voorkomen of afwenden, maar niet voorgekomen of afgewend heeft (2); de verpligting hiertoe is nergens in het algemeen uitgesproken, en de wet spreekt hier ook niet van schade die iemand niet verhinderd, maar van die welke hij veroorzaakt heeft. Zij spreekt eenvoudig uit, dat men aansprakelijk is voor de schade, die men een ander heeft toegebragt; niet alleen wanneer men haar teweegbragt door iets te doen, maar ook wanneer het geschiedde door iets niet te doen, of door het niet naar behooren te doen (3).

Waar zoo gelijk gesteld wordt het gevolg van iets te doen en dat van iets niet te doen, van eene daad en van verzuim of nalatigheid, mag men aannemen, dat gelijk de daad zoo ook het verzuim onregtmatig zijn moet (4), en het laat zich ook wel begrijpen, dat onze wetgever, die te regt uitdrukkelijk van eene onregtmatige daad gesproken heeft, het niet noodig heeft geacht de noodzakelijkheid van dit karakter ook hier weder uit te drukken. Heb ik iets nagelaten, wat ik niet verpligt was te doen, en heeft iemand daardoor schade geleden, zoo kan men mijne nalatigheid afkeuren, en mij voor het gevolg daarvan zedelijk verantwoordelijk achten, maar er kan daarom in regten

---

(1) Verg. hierover O. A. OPZOOMER, B, VI, bl. 321 en v.; die het art. overtollig en tevens schadelijk acht; het eerste om het woord: nalatigheid. Is dan werkelijk onder eene daad zoo natuurlijk, zoo van zelf, zoo voor allen duidelijk, ook het nalaten eener daad begrepen, dat de wetgever beter zou hebben gedaan met hiervan niet te spreken?

(2) Zie TOULLIER, XI, n. 117.

(3) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 444, bl. 79 en n. 8; MARCADÉ, V, bl. 265, op art. 1382 en v., n. II; LAURENT, XX, n. 388.

(4) Verg. H. R. 7 November 1851, *N. R. B.*, I, bl. 177 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 444, bl. 79 en n. 8; MARCADÉ, V, bl. 265, op art. 1382 en v., n. II.

van mij geene vergoeding gevorderd worden; hiertoe is noodig, dat ik gelaten heb, wat ik had moeten doen, en niet mogt laten. Er bestaat inderdaad ook geene nalatigheid, waar handelen niet pligt was, en men wordt niet nalatig genoemd, wanneer men eenvoudig nalaat te doen, wat men wel is waar doen kan, maar ook laten mag.

Het karakter, dat de daad moet hebben waarvan art. 1401 spreekt, kan gevoegelijk ook noodig geacht worden voor de nalatigheid die met eene daad gelijk gesteld wordt. Anders is het ten aanzien der onvoorzigtigheid, waarvan almede wordt gesproken, en die bezwaarlijk in eene regtmatige en eene onregtmatige onderscheiden kan worden. Intusschen zie ik ook daarom nog geene reden om af te keuren, dat de wetgever mede van onvoorzigtigheid spreekt (1), en haar nevens nalatigheid noemt, al is er tusschen die beide ook nog zoo veel onderscheid. De wet legt nu de verpligting op tot vergoeding der schade, die men iemand veroorzaakt heeft door eene onregtmatige daad of door nalatigheid, maar ook wanneer men het gedaan heeft door onvoorzigtigheid, al was het ter gelegenheid eener daad, die anders op zich zelve niet onregtmatig was. En dat de bepaling bestemd is om dit te kennen te geven, is dunkt mij vrij duidelijk.

Wij hebben vroeger reeds opgemerkt, dat de verpligting tot vergoeding niet enkel ontstaan kan door eigen toedoen, voor hem die zelf door zijne daad of zijn verzuim de schade veroorzaakt heeft, maar ook doordien men aansprakelijk is voor dengene die haar teweeggebragt heeft, of voor datgene wat haar heeft aangebragt. Met betrekking hiertoe nu zegt art. 1403*a*: „Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is, of door zaken welke men onder zijn opzigt heeft". En daarop volgen dan in art. 1403 zelf bepalingen omtrent

---

(1) Zie b.v. OPZOOMER, t. a. p., die, bl. 322, n. 2, uitroept: „Welk een tegenstelling: niet alleen een *daad*, maar ook eene *onvoorzichtigheid!*"

schade veroorzaakt door andere personen, in art. 1404 voor die door dieren, en in art. 1405 voor die welke door instorting van een gebouw veroorzaakt is. Nu kan men met grond opmerken, dat de bepaling van art. 1403*a*, 'twelk niet alleen met de verdere leden van dat art., maar ook en op gelijke wijze met art. 1404 en 1405 in betrekking staat, niet een lid van het eerstgenoemde, maar, zoo men het noodig achtte, een afzonderlijk art. behoorde uit te maken. Doch van meer belang is het, nategaan, welke de betrekking is, waarin die bepalingen tot elkander staan; dit toch is op hare toepassing van beslissenden invloed.

Er is beweerd (1), dat in art. 1403*a* een groot beginsel is uitgesproken, waarbij de onderscheiding te pas komt tusschen zedelijke en regtelijke aansprakelijkheid (of verantwoordelijkheid), en hier op nederkomende, dat men (in regten) verantwoordelijk (of aansprakelijk), tot vergoeding verpligt is, niet alleen voor de schade, die men zelf toebragt, maar ook voor die, veroorzaakt óf door personen voor wie men (zedelijk) aansprakelijk (of verantwoordelijk) is, óf zelfs door zaken die men onder zijn opzigt heeft; dat de zedelijke aansprakelijkheid hier dus de grond is der juridische. Dan wordt gezegd, dat de wetgever met het stellen van dat beginsel niet tevreden is geweest, maar noodig heeft geacht nog in nadere ontwikkeling te treden en bijzondere bepalingen te maken, wier verband met het beginsel met geen enkel woord wordt aangeduid, terwijl toch juist op de kennis van dat verband alles aankomt. Nu wordt drieërlei voorstelling mogelijk genoemd. Volgens de eerste is de heerschappij van het beginsel onbeperkt, en zijn de bijzondere bepalingen slechts als voorbeelden te beschouwen; maar daartegen worden bedenkingen geopperd. Volgens de tweede is het stellen van het beginsel slechts de aanwijzing van den regtsgrond voor de bijzondere bepalingen, zoodat deze alleen gelden, het beginsel zich niet uitstrekt buiten haar gebied; maar ook daartegen

---

(1) Zie OPZOOMER, B, VI, bl. 323—327. Van zijne meening verschilt ook die van P. L. MOENS, *Verantwoordelijkheid voor schade door anderen veroorzaakt*, Zwolle (Utrecht) 1886, bl. 24 en v.

worden bezwaren aangevoerd. Doch er is nog eene derde voorstelling, volgens welke art. 1403*a* een algemeenen regel bevat, die zonder eenige uitzondering voor alle gevallen geldt, waarop zijne woorden van toepassing zijn, en naast dien algemeenen regel de bijzondere bepalingen komen, die niet enkel voorbeelden behelzen, maar een geheel eigen karakter, en daardoor regt op een zelfstandig bestaan hebben; zoodat, terwijl de regel het oordeel van den regter volkomen vrij laat, dat oordeel door die bepalingen voor de gevallen waarover zij handelen, maar ook daarvoor alleen, aan banden is gelegd (1).

Het komt mij voor, dat er nog eene andere voorstelling mogelijk is, waardoor onze bepaling wel een veel nederiger, om niet te zeggen nietiger karakter verkrijgt, maar waarvoor men dan ook geene inlasschingen noodig heeft, en vooral geene tegenstelling behoeft te maken van „zedelijke en rechtelijke aansprakelijkheid", waarvan in de wet geen spoor te vinden is (2), en die mij daarom bij ons onderwerp geheel willekeurig voorkomt. En die andere voorstelling moet naar mijne meening als de ware beschouwd worden. Er komen in onze wetboeken vele artikelen of deelen van een art. voor, die eene wetsbepaling behelzen, doordien wat ze zeggen eene bepaling is der wet, maar geene wetgevende bepalingen zijn, en voor de bepaling

---

(1) „Zoo is het b.v. geheel verkeerd", volgens de nadere ontwikkeling in n. 2 op bl. 325 en v., „den voogd verantwoordelijk te maken op grond van onze § 2, waarbij het van den vader gezegde analogisch zou worden uitgebreid tot den voogd. Zal in eenig geval die voogd aansprakelijk worden gesteld, dan kan dit alleen geschieden op grond van onze § 1, wanneer namelijk de rechter het geheel der omstandigheden van dien aard acht, dat hier den voogd een zedelijke verantwoordelijkheid behoort te worden toegeschreven. En dit kan hem zoo dunken ook waar de minderjarige niet bij den voogd inwoont, want zijn oordeel moet volstrekt buiten § 2 omgaan." Of deze ontwikkeling velen voor de derde voorstelling winnen zal, meen ik te mogen betwijfelen.

(2) Men zal toch wel niet onder verantwoordelijk (responsable) eene regtelijke, en onder aansprakelijkheid (dont on doit répondre) eene zedelijke aansprakelijkheid te verstaan hebben?

van ons regt geene waarde hebben, daar zij enkel dienst moeten doen als een brug, een aanloop of inleiding tot hetgeen er op volgt. Zoo vinden wij daarvan een voorbeeld in art. 639, 'twelk eene aankondiging behelst van verschillende wijzen van eigendomsverkrijging, waarvan in de daarmede aanvangende afdeeling, zoo al niet nader in bijzonderheden, dan toch met verwijzing naar elders gesproken wordt, en welks strekking als zoodanig, ofschoon het zegt dat eigendom van zaken op geene andere wijze verkregen kan worden, ons evenwel niet behoeft te doen aarzelen om ook nog andere te erkennen, die daar niet genoemd, maar toch in die afdeeling of elders erkend en behandeld zijn door de wet. Wij vinden zoo iets op menige andere plaats, met name waar verschillende zaken, soorten of gevallen ter sprake zullen komen, die gevoegelijk onder eene collectieve uitdrukking zamengevat en aangekondigd kunnen worden (1). En zoo iets vinden wij ook hier. In plaats van op art. 1401 en 1402 eenvoudig eerst de bepalingen van art. 1403*b* en v., die ook nog weder verschillende bijzonderheden regelen, en dan art. 1404 en 1405 te laten volgen, begint de wet met een aanhef, die, te kennen gevende, dat men behalve wegens schade door eigen daad of nalatigheid, ook nog voor andere aansprakelijk zijn kan, eene inleiding is tot de bepalingen, die ons zullen zeggen, ten aanzien van wie of van wat, en in hoe ver, dit het geval zal zijn. Op die bepalingen komt het aan, en alleen daarop. Niets is er, in art. 1403 zoo min als in art. 1404 of 1405, wat aanleiding geeft, om daarbij aan voorbeelden te denken (2); integendeel doen zoowel art. 1403*b*-*d* als art. 1404 en 1405 zich voor als op zich zelve staande bepalingen. En art. 1403*a* zelf heeft niet het voorkomen eener uitdrukking van den regtsgrond dier bepalingen, maar zou toch ook wanneer het dat was medebrengen, dat deze en zij alleen geldende zijn. De voorstelling van een algemeenen regel, met bijzondere bepalingen daarnevens,

(1) Zie o. a. art. 586, 909, 1417, 1732, 1903, 1941, 1952, 1960, 1966 B. W., art. 247, 341 W. v. K.

(2) Men vergelijke daarmede b.v. de bepalingen van art. 682, 707, 712, 765, 1811, 1911, 1940, 1953 B. W.

laat zich wel is waar denken, maar is toch ook vrij onaannemelijk, daar door de vereeniging van beiden ten aanzien van het een niets, en ten aanzien van het ander alles aan 's regters oordeel overgelaten, maar daardoor dan ook de regtszekerheid kwalijk gediend zou zijn. En wat dien regel betreft, geldt dan dezelfde grond voor de drie bepalingen van art. 1403*b*-*d*, en kan men in ernst aannemen, dat van een vader, en bij gebreke van dien van de moeder, verwacht en verlangd wordt, dat zij hun minderjarig kind, hun zoon of hunne dochter, tot aan de meerderjarigheid geen oogenblik uit het oog zullen verliezen, of zoo zij het doen de nadeelige gevolgen daarvan dragen zullen? Met meer regt mag men aannemen, dat art. 1403, 'twelk de verantwoordelijkheid voor anderen regelt, dit ook volledig doet en geene uitbreiding toelaat. Deze bedenkingen bevestigen mij in de voorstelling, die mij de ware voorkomt naar aanleiding van hetgeen op zoo menige plaats in onze wetboeken valt op te merken. Nu mag dan art. 1403*a*, als het geen beginsel of regel behelst, niets bepalen en nutteloos zijn, er zijn meer zulke artikelen, en waar dat niet slechts bij den eersten opslag zoo schijnt, maar werkelijk het geval is, dienen wij het op te merken en te erkennen. Dan zullen ze nutteloos zijn, maar onschuldig tevens; sluiten wij daarvoor het oog, en willen wij uit zulke bepalingen toch iets afleiden, dan zullen ze ons op een verkeerden weg kunnen leiden, doch dan ook niet meer onschuldig maar schadelijk zijn.

Komt het aan op de bijzondere bepalingen, dan moeten wij ons ook aan deze houden, en uit haren inhoud afleiden, wie nu, behalve voor eigen daden of verzuimen, ook nog verder verantwoordelijk zijn, en waarvoor; en dan moeten wij ons daarbij niet laten leiden door een vermeend beginsel of een op den voorgrond gestelden regel, noch uitgaan van een vermoeden van schuld door gebrek aan voorzorg, of van aansprakelijkheid enz.

Wij hebben nu vooreerst de bepaling van art. 1403*b*: „De vader en, bij gebreke van dien, de moeder zijn verantwoordelijk voor de schade, veroorzaakt door hunne minderjarige kinderen, die bij hen inwonen." De wet spreekt in het algemeen van veroorzaakte schade, zonder dit, gelijk in het eerste lid, de in-

leiding, geschied is, in verband te brengen met eene daad; de bepaling laat zich dus even goed toepassen op schade, die door nalatigheid, als op die welke door eene daad, of bij gelegenheid hiervan door onvoorzigtigheid veroorzaakt is; en al is ook blijkens het laatste lid, aan eene daad gedacht, ook dit behoeft ons niet van eene algemeene toepassing terug te houden.

Zij spreekt van kinderen, waaronder zoowel natuurlijke als wettige, maar alleen eigene, geen stiefkinderen begrepen zijn. Bepaaldelijk spreekt zij van minderjarige kinderen. Daartoe behooren allen die niet op eene of andere wijze meerderjarig zijn geworden, ook zij die eene beperkte handligting bekomen hebben, voor zoo ver zij daarom niet als meerderjarig beschouwd worden, maar volgens art. 483 in den volstrekten toestand van minderjarigheid blijven. En daartoe behooren zij, zonder eene afscheiding naar leeftijd of naar iets anders, van hunne geboorte af tot aan hunne meerderjarigwording, al valt er in de laatste daaraan voorafgaande jaren aan geen gestadig toezigt meer te denken. Maar de toepasselijkheid der bepaling houdt dan ook met de minderjarigheid op; en hoe de meerderjarig gewordene zich ook gedraagt, en hoe het met zijne verstandelijke vermogens gesteld mag zijn, voor de door hem veroorzaakte schade is alleen hij zelf, niet de vader of moeder aansprakelijk (1).

Voor de door dezen veroorzaakte schade stelt de wet verantwoordelijk niet de ouders, maar den vader en bij gebreke van dien de moeder. Wij vinden hier iets soortgelijks als in art. 366, omtrent het vruchtgenot van de goederen der kinderen; maar even als we van dat vruchtgenot hebben opgemerkt (2), ligt ook deze verantwoordelijkheid buiten de ouderlijke magt (3). Dit volgt duidelijker uit art. 1384 C. N., waar de moeder slechts aansprakelijk wordt gesteld na den dood van den man, en dus nadat de ouderlijke magt geëindigd is (4). De aanspra-

---

(1) Verg. echter LAURENT, XX, n. 559.

(2) Verg. hierboven, V, bl. 181 en v.

(3) Anders dacht ik hierover in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VI, n. 676.

(4) Verg. hierboven, V, bl. 239 en v.

kelijkheid is verbonden aan de betrekking van vader of van moeder, en gelijk zij onafhankelijk is van de ouderlijke magt en hare uitoefening, is zij het voor den langstlevende van beiden evenzeer, hetzij de voogdij door hem of door een ander wordt uitgeoefend.

De uitdrukking van onze wet „bij gebreke van dien" is kennelijk meer algemeen dan die van den C. N.; zij omvat bepaaldelijk ook het geval, dat schade veroorzaakt is door een natuurlijk kind, 'twelk wel door de moeder, maar niet door den vader is erkend. Intusschen moeten wij nog nader daarbij stil staan (1). Het komt mij niet twijfelachtig voor, dat die woorden in verband staan, en alleen kunnen staan, met den persoon van den vader (2). En dan is verder, dunkt mij, de natuurlijke opvatting daarvan deze, dat die vader overleden is of anders niet bestaat. In art. 93 en v., waar sprake is van overleden zijn en van ontbreken, wordt uitdrukkelijk daarmede gelijk gesteld het geval dat iemand zich in de onmogelijkheid bevindt om den wil te verklaren; in art. 95*e* wijzen de woorden

(1) Zie ook MOENS, bl. 35 en v.

(2) Anders echter OPZOOMER, B, VI, bl. 328, in de noot, die zegt: „Zoo dikwijls ergens dat *bij gebreke van* staat, moet de beteekenis er van bepaald worden door de woorden, waarmee het verbonden is. — Welnu, het eenige woord uit onze § 2, dat hier in aanmerking kan komen, is het woord *inwonen.* Voor het minderjarig kind is, ten opzichte der aanwijzing van den aansprakelijken persoon, dat inwonen het eenige wat vereischt wordt. De zin der bepaling moet daarom deze zijn: Voor den minderjarige, die bij zijn ouders of alleen bij zijn vader inwoont, is de vader verantwoordelijk; voor den minderjarige, die bij zijn moeder alleen inwoont, is het de moeder." — Ik kan daarmede onmogelijk instemmen. De eerste zinsnede maakt het, dunkt mij, ook zelve gebiedend noodzakelijk, „bij gebreke van" in verband te brengen met „dien" d. i. den vader. Kon ik daarvan afzien, dan zou ik het misschien kunnen laten slaan op het verantwoordelijk zijn, zoodat als de vader niet verantwoordelijk is, de moeder het zijn zal. Maar ik ben niet in staat bij de woorden „bij gebreke van dien" te denken aan het inwonen, waarvan eerst aan het slot van art. 1403*b* sprake is, en 'twelk wijst op een toestand, niet van den vader, maar van de kinderen.

„bij gebreke van het vereischte getal" enz. duidelijk daarop, dat er geen vier binnen het koningrijk aanwezig zijn; in art. 116 en v. laat zich die uitdrukking gevoegelijk ook in gelijken zin opvatten (1); en zoo vinden wij haar ook in art. 359 terug (2). Daarentegen wordt in art. 355 niet gezegd, dat bij gebreke van den vader de moeder de ouderlijke magt uitoefent, maar dat de vader, indien hij daartoe buiten de mogelijkheid is, door de moeder wordt vervangen. — Intusschen wordt art. 1384 C. N., 'twelk bepaaldelijk spreekt van le décès du mari, en de moeder eerst daarna verantwoordelijk stelt, in veel ruimeren en zeer algemeenen zin opgevat, zoodat de verantwoordelijkheid ook dan op de moeder zou rusten, wanneer de vader afwezig is, of anders buiten staat om het noodige toezigt op het doen en laten van zijn kind uitteoefenen (3). En nu zou men zich, met het oog op de ruimere uitdrukking van onze wet, daartoe nog meer geroepen kunnen achten, misschien wel kunnen denken, dat de reden dier ruimere uitdrukking, die ik nergens vermeld vind, juist daarin gevonden moet worden. Doch wanneer men de moeder, die volgens art. 1384*b* C. N. verantwoordelijk is na den dood van haren man, ook verantwoordelijk stelt wanneer deze op reis is, dan kan men kwalijk gezegd worden dat te doen bij wijze van uitlegging der wet, dan heeft er veelmeer uitbreiding of aanvulling plaats; maar dan stelt men zich ook in de plaats van den wetgever, en doet, wat alleen deze bevoegd is te doen. En ten aanzien der uitdrukking van onze wet, die, gelijk wij opmerkten, ofschoon dan minder, toch eveneens bepaald is, geldt inderdaad hetzelfde. En al wordt men bij die ruimere opvatting geleid door den zoogenaamden regel of

---

(1) Ik heb aan die uitdrukking hierboven, IV, bl. 62, eene ruimere beteekenis toegekend; maar de juistheid daarvan mag betwijfeld worden, omdat de wet tot die meerdere ruimte geen aanleiding geeft.

(2) Wie hiertegen bedenking mogt hebben, omdat de bepaling voorkomt in den titel van de vaderlijke magt, vergelijke wat daarover geschreven is hierboven, V, bl. 245 en v., 269 en v.

(3) Zie DURANTON, XIII, n. 716; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 82, n. 7; MARCADÉ, V, bl. 269, op art. 1384, n. II; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 3; DEMOLOMBE, XXXI, n. 566 en v.

het beginsel, waarvan men in het eerste lid de uitdrukking meent te zien, men grondt haar toch niet op die algemeene, als eene zelfstandige ook hier geldende bepaling, maar op de bijzondere van het tweede lid, zonder zich te houden aan den inhoud hiervan en de daar gestelde grens. Het komt mij voor, dat dit niet leidt tot eene juiste voorstelling van het door de wet bepaalde regt.

De wet stelt de verantwoordelijkheid van den vader of de moeder voorts daarvan afhankelijk, dat de kinderen bij hen inwonen (1). Natuurlijk is dit geheel vreemd aan de woonplaats, die door art. 78 wordt bepaald; het geldt hier iets feitelijks, het komt er op aan, of de kinderen een te huis hebben en of dit is bij hen. Een kind dat, door vader en moeder verlaten, of zelf van hen weggeloopen, een zwervend leven leidt, heeft geen te huis; wordt het ergens b.v. in een gesticht opgenomen, dan heeft het dat misschien wel, maar niet bij hen; doch het kan ook geacht worden bij hen in te wonen, al is het ook tijdelijk weggeloopen, en al komt het dan ook bij dezen of genen onder dak. Een kind, dat bij zijn vader of moeder inwoont, kan dat blijven doen, ook wanneer het op reis is, of tijdelijk bij een ander, b.v. bij de grootouders, logeert, maar het kan ook bij de grootouders inwonen, en tijdelijk bij de ouders logeren, om daarna weer tot de grootouders terug te keeren; het moet dan ook in dien tusschentijd geacht worden bij dezen, en niet bij de ouders in te wonen. De beslissing hangt hier geheel van de omstandigheden af, en kan zeker soms moeijelijk genoeg zijn. De wet, het vereischte stellende, geeft daaromtrent geene nadere bepalingen, en kon dit kwalijk doen. Zij laat hier alles aan des regters oordeel over, en moest dat wel. Met betrekking hiertoe nog een paar opmerkingen. De regter beginne niet met de vraag, of de vader of moeder in het gegeven geval verantwoordelijk dient te zijn, om daarna te vragen of het kind wel bij hen inwoont; de laatste vraag moet de eerste zijn, en slechts van

---

(1) Verg. hierbij MOENS, bl. 44 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 83, n. 2; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 2; DEMOLOMBE, XXXI, n. 579—584; LAURENT, XX, n. 560.

het antwoord daarop mag dat op de andere afhangen. Verder, niet hij is verantwoordelijk, bij wien de minderjarige inwoont; de vader of de moeder is het, wanneer en onder de voorwaarde dat hij inwoont bij hen. En de verantwoordelijkheid rust niet op deze of op genen, naarmate het kind bij den vader, of bij beiden en dus althans mede bij hem, of wel alleen bij de moeder inwoont (1). Haar laat de wet afhangen van het bestaan of niet bestaan van den vader; zoo hij bestaat is hij aansprakelijk, wanneer het kind bij hem inwoont, en is de moeder dat niet, al woont het ook in bij haar; bestaat de vader niet, dan is moeder aansprakelijk, maar nu is dit voor haar van de voorwaarde der inwoning afhankelijk.

De verantwoordelijkheid van den vader of de moeder is voorts niet weinig verzwakt door de bepaling van art. 1403*e*, dat zij ophoudt, niet bestaat, wanneer zij bewijzen, dat zij de daad, voor welke zij aansprakelijk zouden zijn, niet hebben kunnen beletten (2). Dat het bewijs hier ten laste van den vader of de moeder is, is natuurlijk, en in overeenstemming met art. 1902. Het kan geleverd worden door alle erkende middelen. Met betrekking tot het onderwerp van het bewijs meen ik te moeten opmerken, dat de wet aan iets bijzonders doet denken, regtstreeks betreffende „de daad voor welke zij aansprakelijk zouden zijn", datgene waardoor de schade veroorzaakt is. Ik moet daarom zwarigheid maken, hierbij ook een bewijs toe te laten omtrent de zorgvuldige, zedelijke of godsdienstige opvoeding, die de minderjarige genoten heeft, en die, wel verre van hem tot zoo iets te leiden, hem daarvan veelmeer moest terughouden; het komt mij voor, dat de aansprakelijkheid voor de nu evenwel veroorzaakte schade daarvan geheel onafhankelijk is. Maar

---

(1) Anders echter OPZOOMER, B, VI, bl. 328, in de noot. Verg. hierboven, bl. 95, n. 2.

(2) Verg. daarover OPZOOMER, B, VI, bl. 329 en n. 2; MOENS, bl. 68 en v.; TOULLIER, XI, n. 262 en v.; DURANTON, XIII, n. 718; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 83; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 23 en v.; MARCADÉ, V, bl. 270, op art. 1384, n. III; DEMOLOMBE, XXXI, n. 586; LAURENT, XX, n. 564 en v.

terwijl het zeker niets zal afdoen, dat de schade niet in het bijzijn van den vader of de moeder is veroorzaakt, wat trouwens in den regel het geval zal zijn, kan wel gewigt gehecht worden daaraan, dat zij, toen het geschiedde, op reis of door ziekte verhinderd waren op de gangen van den minderjarige toezigt te houden (1). Ook hier komt intusschen alles op de omstandigheden aan, en de regter, door geene nadere bepalingen gebonden, is daardoor ook hier geheel vrij in de waardering daarvan.

Volgens art. 1403*d* zijn voorts de schoolonderwijzers en werkmeesters verantwoordelijk voor de schade, door hunne leerlingen en knechts veroorzaakt gedurende den tijd dat ze onder hun toezigt staan. De C. N. spreekt in art. 1384 van instituteurs, de officiële vertaling had daarvoor: schoolonderwijzers; onze wetgever nam die uitdrukkingen over, en nu komt het mij voor, dat wij daarbij niet zoo zeer aan schoolonderwijzers moeten denken, in tegenstelling van huisonderwijzers enz.; maar veelmeer aan hen die onderwijs geven, zoo als dat in onze scholen van verschillenden aard pleegt gegeven te worden, in tegenstelling van de werkmeesters, van wie verder sprake is. Deze worden in den C. N. artisans genoemd, en in de officiële vertaling werkbazen; en onze wetgever bragt geene verbetering aan, toen hij dezen den naam van werkmeesters gaf, maar toch ook in den Franschen tekst het woord artisans overnam. Wij hebben hierbij inderdaad aan werkbazen te denken, en tegenover hen aan leerjongens en leermeisjes, die bij hen zijn, en bij en onder hen werkzaam zijn, om het vak te leeren (2). Die onderwijzers en werkbazen nu zijn verantwoordelijk voor de schade, door hunne leerlingen en leerjongens enz. veroorzaakt, zonder dat hier juist van minderjarigen wordt gesproken en de

---

(1) Verg. Arnhem, 20 November 1843, *R. B.*, VI, bl. 175 en v.

(2) De C. N. noemt hen: apprentis; de vertaling had daarvoor: kweekelingen; het eerste ontwerp van 1824 sprak van leerknechts; dit is vervolgens in knechts veranderd, zonder dat mij bleek, waarom. Zie VOORDUIN, V, bl. 83; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 182. — OPZOOMER, B, VI, bl. 332, schijnt aan anderen te denken. Zie ook MOENS, bl. 63 en v.

bepaling tot deze beperkt is (1). Maar de wet spreekt bepaaldelijk van schade, welke veroorzaakt is gedurende den tijd dat ze onder hun toezigt staan, en ontheft in art. 1403*e* ook hen van die verantwoordelijkheid, wanneer zij bewijzen, dat zij de oorzaak der schade niet hebben kunnen beletten.

Verder zijn nog volgens art. 1403*c* „de meesters en degenen die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken, verantwoordelijk voor de schade, door hunne dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe zij dezelve gebruikt hebben". Het komt mij voor, dat, wat hier van dienstboden wordt gezegd, al worden deze in den Fransche tekst van art. 1430 Wetb. van 1830, even als in den C. N., domestiques genoemd, toch ook op werklieden moet worden toegepast; dat men in het algemeen hen, in wier dienst anderen werkzaam zijn, voor de door dezen veroorzaakte schade aansprakelijk heeft willen stellen. Zij die nevens de meesters zijn genoemd, heeten in den Franschen tekst van het Wetb. van 1830, even als in den C. N., eenvoudig les commettans; de woorden „tot de waarneming hunner zaken" zijn uit de officiële vertaling overgenomen; maar, en dit vooral verdient opmerking, terwijl op beide plaatsen tegenover hen gesteld werden leurs préposés, waarvoor de vertaling sprak van hunne aangestelden, werd dit woord door onzen wetgever, en ook reeds in het ontwerp, vervangen door: ondergeschikten. Nu zijn ook de bedoelde personen wel ondergeschikt aan hen door wie ze werden aangesteld, maar het woord „ondergeschikten" drukt toch niet hetzelfde uit als het Fransche préposés. Met het oog op deze uitdrukking kunnen wij, in tegenstelling van gewone bedienden, daarbij gereedelijk denken aan dezulken, die, door een ander daartoe aangesteld, voor en in dienst van dezen een meer zelfstandigen

(1) Verg. DURANTON, XIII, n. 721; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 16; LAURENT, XX, n. 566. Anders echter DEMOLOMBE, XXXI, n. 606 en v., volgens wien surveillance, ons toezigt, op minderjarigheid wijst, en l'autorité van die lieden n'est qu'une délégation de l'autorité paternelle, die zelve bij de meerderjarigwording ophoudt. Zoo kan eene willekeurige voorstelling tot ongegronde gevolgtrekkingen leiden.

werkkring hebben. Intusschen zijn zij met de eerstgenoemden niet alleen in ééne bepaling zamengevat, maar ook geheel gelijk gesteld; zoodat eene zorgvuldige onderscheiding praktisch onverschillig geacht kan worden (1).

In het algemeen zij voorts naar aanleiding van art. 1403*c* nog opgemerkt, dat ook regtspersonen, met name de staat, gemeenten enz., aansprakelijk zijn zullen voor schade, door ambtenaren of beambten in den dienst waarmede zij belast zijn teweeggebragt (2).

Ook in art. 1403*c* is alleen sprake van verantwoordelijkheid voor schade, door hen die men in dienst heeft aan anderen toegebragt. Is hun zelven in dien dienst iets overgekomen, al was het ook zonder hunne schuld, zoo kan de meester of patroon uit menschlievendheid hun te gemoet komen, zich ook wel zedelijk daartoe verpligt achten, maar er regtens toe verpligt is hij niet; wil men hem daartoe verpligten, den bediende deswege een regt geven tegenover hem, zoo is er eene wet noodig die het bepaalt, art. 1403 geeft voor die verpligting en dat regt geen grond (3). De meesters enz. zijn voorts bepaaldelijk aansprakelijk gesteld voor de schade, door de bedienden veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe zij hen gebruikt hebben, en het zou eene ongeoorloofde uitbreiding zijn, wanneer men de bepaling ook wilde toepassen op hetgeen zij niet in, maar slechts ter gelegenheid van die werkzaamheden hebben gedaan. Heeft de knecht, die iets aan mijne kagchel te doen had, deze gebroken, den schoorsteenmantel beschadigd of iets wat daarop stond, mijn vloertapijt gescheurd of bemorst enz., zoo is de meester tot vergoeding verpligt; doch heeft die knecht, voor dat werk in mijn

(1) Verg. voorts DEMOLOMBE, XXXI, n. 619 en v.; LAURENT, XX, n. 570 en v.

(2) Verg. DEMOLOMBE, XXXI, n. 637. Zie voorts LAURENT, XX, n. 590—595. Het gezegde belet niet, met *Regtsg. Adviezen*, I, bl. 95 en v., ontkennend te antwoorden op de vraag, of de staat aansprakelijk is voor de schade, toegebragt door een kwalijk gerigt schot van een militair.

(3) Verg. LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 9. Zie intusschen ook DEMOLOMBE, XXXI, n. 629.

huis zijnde, iets anders gebroken waarmede hij niets te maken had, opzettelijk iets vernield, of iets ontvreemd, zoo kan hij zelf vergoeding schuldig, misschien strafbaar zijn, maar de meester is daarvoor niet aansprakelijk (1). Anders zou het zeker zijn, wanneer hij de daad had gelast of uitgelokt; doch zoo hij haar eenvoudig had gedoogd en niet verhinderd, waar hij haar had kunnen beletten, kan dit bezwaarlijk voldoende geacht worden, om hem aansprakelijk te doen zijn (2). Maar nu kan dan ook aan den anderen kant de meester, waar hij volgens art. 1403*c* verantwoordelijk is, zich daarvan niet ontheffen door te bewijzen, dat hij datgene waardoor de schade veroorzaakt is niet heeft kunnen beletten. De bevoegdheid daartoe is in art. 1403*e* alleen toegekend aan den vader of de moeder van wie in het tweede, en aan de onderwijzers enz. van wie in het vierde, niet ook aan hen van wie in het derde lid sprake is. En dat deze daar niet bij ongeluk, uit achteloosheid, onvermeld zijn gebleven, blijkt uit hetgeen naar aanleiding der bepaling van art. 1384 C. N., waar wij hetzelfde kunnen opmerken, gezegd werd door den tribun BERTRAND DE GREUILLE (3). Bij gebreke nu van eene ook daarvoor geldende beperking, behoudt dus het derde lid hare volle kracht. Zij van wie daar sprake is zijn dan ook, geheel anders dan de anderen, alleen aansprakelijk voor schade, door hen die in hunne dienst zijn veroorzaakt in werkzaamheden waartoe zij hen gebruikt hebben, en de betrekking waarin zij tot dezen staan is het gevolg daarvan, dat zij hen

---

(1) Verg. hierbij OPZOOMER, B, VI, bl. 334, n. 1; TOULLIER, XI, n. 282 en v.; DURANTON, XIII, n. 724; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 83 en v.; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 9; DEMOLOMBE, XXXI, n. 615 en v.; LAURENT, XX, n. 582 en v.

(2) Anders echter TOULLIER, XI, n. 287; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 84, n. 1.

(3) Zie *C. N. et Motifs*, V, bl. 262. Dat de tribun TARRIBLE in zijne rede van de in art. 1384 opgelegde aansprakelijkheid ten onregte zeide: elle cesse à l'égard de tous, s'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu, zie aldaar bl. 276, ontneemt aan het andere niets van zijn kracht.

aangesteld of in dienst genomen hebben, terwijl zij zich niet met hen hadden behoeven in te laten, maar in plaats van hen anderen hadden kunnen nemen (1).

Van de drie klassen van voor anderen verantwoordelijk gestelde personen kunnen zeer wel meer dan eene, ze kunnen zelfs wel alle drie zamengaan; men denke aan een minderjarige, die, bij zijn vader inwonende, als bediende bij een ander werkzaam is, en tevens, b.v. des avonds, bij een derde ter school gaat, of vak- of ander onderwijs geniet, of leerjongen is bij iemand die hem ook wel bij een derde werkzaamheden laat verrigten. De bepalingen der wet gelden ook dan, naarmate en voor zoo ver ze te pas komen, en in het laatste geval b.v. zal de werkmeester niet kunnen aanvoeren, dat hij het toebrengen der schade niet heeft kunnen beletten, en al vast ook niet, dat toen het geschiedde de leerjongen niet onder zijn toezigt stond. Geen der drie kan den eischer afwijzen op een ander, wanneer hij zelf valt in de termen van eene der bepalingen; geen der anderen kan beweren, dat de vader, maar deze ook niet, dat een der anderen had moeten worden aangesproken. Wel zal de vader kunnen aanvoeren, dat hij de schade niet heeft kunnen beletten, door zijn zoon veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe diens meester hem had gebruikt; maar hij wijst dan den eischer niet op dien meester af, hij beroept zich eenvoudig op de uitzondering, die hem ontheft van den te zijnen laste bestaanden regel (2).

Art. 1403*b-d* staan nevens art. 1401 en v., zij laten deze in hun geheel en ontnemen daaraan niets van hunne kracht. Zij stellen anderen, dan die eigenlijk de schade veroorzaakt hebben, hiervoor verantwoordelijk, niet om hen te straffen voor hun

(1) Verg. OPZOOMER, B, VI, bl. 332 en v.; TOULLIER, XI, n. 283; DURANTON, XIII, n. 724; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 83; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 8; MARCADÉ, V, bl. 270, op art. 1384, n. III; DEMOLOMBE, XXXI, n. 611; LAURENT, XX, n. 588 en v.

(2) Verg. hierbij LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 19 en v.; LAURENT, XX, n. 621.

eigen doen of laten, ook niet om, ten voordeele van hen die de schade hebben toegebragt, de verpligting tot vergoeding van dezen op genen over te brengen, maar in het belang van hen die schade hebben geleden, en daarvoor van de minderjarigen, vooral bij het leven van beide ouders, en van de leerlingen of bedienden zelve, òf niet, òf moeijelijk vergoeding zouden kunnen bekomen. Het kan intusschen ook zijn, dat deze beter dan genen tot vergoeding in staat zijn; en in allen gevalle kan hij, die er regt op heeft, haar ook uit kracht van art. 1401 of 1402 van hen vorderen, en dus van den vader of den voogd als vertegenwoordiger van minderjarigen. En waar de eisch tegen den vader als vertegenwoordiger van zijn kind, en niet tegen hem zelven als vader op grond van art. 1403*b*, wordt ingesteld, is het ook onverschillig, of dat kind al of niet bij hem inwoont, en of hij al dan niet in staat geweest is om het toebrengen der schade te beletten. Zij, die uit kracht van art. 1403 vergoeding hebben moeten geven, hebben daarvoor betaald wat eigenlijk ten laste was van hen die de schade hebben toegebragt, en kunnen het daarom ook van dezen terugvorderen, en zoo ook op gelijke wijze van hun vertegenwoordiger. Dat kan de meester of patroon, en zoo ook de onderwijzer of werkmeester, voor zoo ver zij niet zelve tot de toegebragte schade aanleiding hebben gegeven; en is dat zoo, dan is er geene reden, waarom het niet evenzeer ten aanzien van den vader of de moeder erkend zou worden, zoodat ook deze het betaalde aan hun kind in rekening kunnen brengen, en dit anders deswege tot verrekening met zijne medeërfgenamen verpligt kan worden (1).

Wij hebben hierboven opgemerkt, dat de verantwoordelijkheid voor door anderen veroorzaakte schade niet naar aanleiding van art. 1403*a* mag worden uitgestrekt tot anderen, dan die daarvoor bepaaldelijk zijn aangewezen. Zoo is de man evenmin verantwoordelijk voor het doen en laten der vrouw, als zij voor dat van

---

(1) Verg. hierbij H. R. 6 November 1868, met de concl. van Mr. KARSEBOOM, in *N. R. B.*, XIX, bl. 625 en v.; DURANTON, XIII, n. 722 en v., 725; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 84 en n. 9; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 43 en v.; LAURENT, XX, n. 622.

hem (1); dat hij het hoofd der echtvereeniging is, maakt het hem evenmin als hunne zamenwoning, en kan hij worden aangesproken wegens de schuld, die daardoor op de gemeenschap rust, dan is het niet omdat hij de man, maar omdat hij de beheerder der gemeenschap is. Wat van den vader of de moeder gezegd is en daarom voor hen geldt, geldt niet ook voor een der grootouders, van wien het niet is gezegd, ook niet in verband met de inwoning van den minderjarige bij iemand hunner, eene inwoning, die ook voor den vader slechts eene voorwaarde, niet de grond is zijner verantwoordelijkheid. Zoo zijn ook voogden, buiten den vader en de moeder, en curators niet verantwoordelijkheid voor minderjarigen en onder curatele gestelden (2). Moeten zij voor de personen van dezen zorgen, zij zijn daartoe om hunnentwil verpligt, niet tegenover anderen; hebben zij te dien aanzien iets met vader of moeder gemeen, de door hen verzorgden zijn geen toekomstige erfgenamen van hen gelijk van dezen; en waar zou het heen, als zij, die de hun opgedragen betrekking zelfs huns ondanks moeten aanvaarden, en wien alle aanspraak op loon is ontzegd, ook nog gedurig moesten bloot staan aan het gevaar van door de daden hunner verpleegden tot schadevergoeding verpligt te worden? Wel kunnen zij deswege worden aangesproken als vertegenwoordigers van hen die de schade toebragten, maar het geldt dan eene schuld van dezen, en het tegen hen als zoodanig gewezen vonnis zal dan ook alleen op het goed van dezen ten uitvoer gelegd kunnen worden. En terwijl een eigenaar niet aansprakelijk is voor de daden van den huurder (3), is naar ons regt ook geen der

(1) Verg. TOULLIER, XI, n. 279 en v.; DURANTON, XIII, n. 720; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 7; DEMOLOMBE, XXXI, n. 598 en v., 602; LAURENT, XX, n. 607 en v.

(2) Anders echter POTHIER, n. 121; DURANTON, XIII, n. 719; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 83 en n. 5; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 6; MARCADÉ, V, bl. 269, op art. 1384, n. II; verg. voorts DEMOLOMBE, XXXI, n. 587 en v. OPZOOMER, B, VI, bl. 325 en n 2, schijnt alles aan den regter over te laten.

(3) Verg. Friesland 26 Maart 1862, *N. R. B.*, XII, bl. 662 en v., 679.

eigenaren of huurders dat voor de anderen, zooals dat naar het Romeinsche regt het geval was (1), wanneer een ander getroffen werd door iets wat uit eene woning neergeworpen was, zonder dat aangewezen kon worden door wien het was geschied (2).

Maar de wet spreekt in art. 1403*a* ook van verantwoordelijkheid voor schade, veroorzaakt door zaken die men onder zijn opzigt heeft. En in verband daarmede zegt art. 1404: „De eigenaar van een dier, of degene die zich van hetzelve bedient, is, zoolang hetzelve tot zijn gebruik verstrekt, aansprakelijk wegens de schade welke het dier heeft veroorzaakt, hetzij hetzelve onder zijn toezigt en bewaring, dan wel verdwaald of ontsnapt zij."

Men heeft niet onbepaald den eigenaar aansprakelijk willen stellen, ook voor hetgeen geschiedt terwijl het dier bij een ander in gebruik is, maar men is in de uitdrukking daarvan niet gelukkig geweest; bepaaldelijk is de verkeerde plaatsing van het woordje „is" eene gereede aanleiding tot misverstand, gelijk zij ook een gevolg daarvan schijnt te zijn. Art. 1385 C. N. zegt: Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable etc.; de woorden pendant etc., vóór dit „est" geplaatst, sluiten zich daardoor ten naauwste aan de daaraan onmiddellijk voorafgaande, en het daarop volgende „est" sluit zich dan gelijkelijk aan le propriétaire en aan celui qui etc. Bij ons daarentegen staat „is" vóór: zoolang — verstrekt, en slaan deze woorden daardoor gelijkelijk terug op „de eigenaar" en op „degene die enz. Dit was ook reeds het geval in het ontwerp en in art. 1431 Wetb. van 1830, maar de Fransche tekst kwam overeen met den C. N., en er is dus alleszins reden om aan te nemen, dat de verplaatsing van het woordje „is" niet opzettelijk is geschied (3). Maar toen bij de

(1) Zie l. 1, § 10, l. 2, l. 5 D., de his qui effuderint vel dejecerint (IX, 3).

(2) Verg. TOULLIER, XI, n. 149 en v., 233 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 447, bl. 82, n. 6; LAROMBIÈRE, op art. 1384, n. 30; DEMOLOMBE, XXXI, n. 626; LAURENT, XX, n. 613.

(3) Opmerking verdient, dat de woorden „pendant qu'il est à son usage" in de officiële vertaling eenvoudig niet zijn teruggegeven, zoodat

herziening eene andere redactie werd voorgesteld, gaf de Regering aan de bestaande de voorkeur, „omdat de woorden: gedurende hetzelve tot zijn gebruik verstrekt (zoo stond er toen) zoo wel toepasselijk zijn op den eigenaar van het dier, als op dengenen, aan wien de eigenaar hetzelve ten gebruike heeft gegeven". En toen men op de gemaakte opmerking terugkwam, is dat zonder gevolg gebleven (1). Intusschen kan, wat de Regering zeide, niet worden aangenomen; er zouden anders tijden zijn, des nachts b.v., waarin noch de een noch de ander voor het dier aansprakelijk zijn zou, omdat noch de een noch de ander het werkelijk in gebruik heeft; en dit zou in kennelijken strijd zijn met de bedoeling, zooals die ook duidelijk blijkt uit het slot der bepaling. En deze moet zoo worden opgevat, dat de eigenaar aansprakelijk is voor de schade door het dier toegebragt, behalve wanneer het tijdelijk in gebruik is bij een ander, en dat, zoolang dit voortduurt en het dier zich nog bij dien ander bevindt, niet weer bij den eigenaar is terugbezorgd, de aansprakelijkheid, in plaats van op den eigenaar, op hem rust. Een gevolg daarvan is, dat de eigenaar tot vergoeding aangesproken van door zijn dier toegebragte schade, zich tegen eene veroordeeling kan beschermen door een beroep op en het bewijs van het feit, dat het dier destijds bij een ander in gebruik was (2).

De wet spreekt geheel algemeen van een dier, en hare bepaling is op allerlei dieren toepasselijk, op huisdieren, vee, lastdieren, gevogelte, ook wilde beesten (3). Ook zegt zij uitdrukkelijk, dat het onverschillig is, of de eigenaar of gebruiker het dier onder zijn toezigt heeft, dan of het verdwaald of ontsnapt

---

er stond: de eigenaar van een beest, of de geen, die hetzelve in gebruik heeft, is verantwoordelijk voor de schade enz. Waarschijnlijk is dit niet zonder invloed gebleven op hetgeen bij ons heeft plaats gehad.

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 83 en v.

(2) Volgens Groningen 15 Junij 1885, *W.* 5922, is het niet voldoende, te stellen, dat de gedaagde is eigenaar van het dier 'twelk schade heeft veroorzaakt, maar moet er bij staan, dat het ten tijde der schade bij hem in gebruik was, en is de eisch anders niet-ontvankelijk. Voor die veeleischende leer vind ik in de wet geen grond.

(3) Verg. b.v. DEMOLOMBE, XXXI, n. 641 en v.

is. Intusschen valt alleen te denken aan dieren, die bij iemand in gebruik of iemands eigendom zijn. Dit is wel het geval b.v. met de duiven tot eene duivenvlugt behoorende en de konijnen in de konijnen-warande, waarvan art. 563 onder 3° spreekt; maar niet met het wild, 'twelk, al behoort het regt om het zich toe te eigenen bij uitsluiting aan den eigenaar van den grond waarop het zich bevindt (art. 641), toch vóór die toe-eigening zijn eigendom niet is, evenmin als met de ratten enz., die, al houden ze zich in mijne woning op, en al wordt mijn regt daarop door niemand betwist, toch de mijne niet zijn. En al liet iemand, ter wille zijne jagtliefhebberij, in zijn bosch aan het wild vrij spel, zoodat eigenaren van aangrenzende landerijen daarvan last hebben, dan zal van hem daarvoor geen vergoeding gevorderd kunnen worden, omdat daarvoor geen grond bestaat, noch in art. 1404, noch in eene andere bepaling (1).

Even algemeen legt art. 1404 ook de verpligting op tot vergoeding der schade door het dier veroorzaakt, en het doet niet af, of dit een gevolg is van zijn natuurlijken en gewonen aard, b.v. doordien mijn vee zich in eens anders land aan gras of graan te goed gedaan heeft, of van eene bijzondere en niet normale gesteldheid, als van een paard, dat bijt of slaat, een koe die met de horens stoot, van verwildering, schrik, ziekte enz. (2). Wij kunnen voorts opmerken, dat de verpligting tot vergoeding zoowel bestaat ter zake van schade door eigen bedienden, die

---

(1) Anders echter LAROMBIÈRE, op art. 1385, n. 12, volgens wien l'action est alors fondée moins sur l'art. 1385, que sur les art. 1382 et 1383, en DEMOLOMBE, XXXI, n. 646, die het eerste afwijst, en alleen op de beide laatste wijst. Zie ook LAURENT, XX, n. 636 en v. Maar art. 1382, ons art. 1401, kan aan die landeigenaren kwalijk te stade komen, waar immers geen sprake is van schade, hun door eene daad van den man toegebragt; en art. 1383, ons art. 1402 evenmin, daar hij immers niet verpligt is, het wild in zijn bosch uit te roeijen, en hem daarom ook geene nalatigheid te laste gelegd kan worden, wanneer hij dat niet doet.

(2) Verg. TOULLIER, XI, n. 297, 316; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 448, bl. 85 en n. 3; LAROMBIÈRE, op art. 1385, n. 13; DEMOLOMBE, XXXI, n. 648; LAURENT, XX, n. 628.

het dier behandelen, als van die door vreemden geleden. Hij die het dier tijdelijk in gebruik heeft, kan zoodanige vergoeding niet vorderen op grond van art. 1404, dat immers hem zelven voor de in dien tijd veroorzaakte schade aansprakelijk stelt; hij kan echter daarop wel regt hebben uit anderen hoofde, wanneer de schade een gevolg was van een hem niet bekend gemaakt gebrek van een dier, dat hem was verhuurd, art. 1588, of in bruikleening gegeven, art. 1790; maar ook alleen ten gevolge van zoodanige persoonlijke betrekking, niet waar hij b.v. als vruchtgebruiker het dier gebruikte in plaats van den eigenaar.

Hoe algemeen voorts de verpligting tot vergoeding ook is uitgesproken, toch kunnen er gevallen zijn, waarin zij niet te pas zal komen. Zoo zal het zijn, wanneer de schade het gevolg is van een ongeval, waarin het dier mede heeft gedeeld. Wanneer dit door den eigenaar op een afgesloten plaats is gebragt, waar geen ander iets te maken of regt van toegang heeft, en evenwel iemand daar onder zijn bereik komt en er door getroffen wordt, dan is de schade, ofschoon door het dier toegebragt, toch eigenlijk niet hierdoor, maar door hem zelven veroorzaakt. Niet minder is dit het geval, wanneer hij die door het dier getroflen werd het mishandeld, getergd of verschrikt had, en daardoor de oorzaak was van hetgeen hem is overgekomen. Was zoo iets door den eigenaar of gebruiker gedaan, of door iemand voor wiens daden deze verantwoordelijk zijn, zoo is de verpligting tot vergoeding niet twijfelachtig; maar was het door een ander geschied, dan komt het mij voor, dat weder deze, en niet het dier, gezegd moet worden de schade veroorzaakt te hebben, en daarom ook, niet de eigenaar, behoudens verhaal op dien ander, doch alleen deze tot vergoeding verpligt is, natuurlijk niet op grond van art. 1404, maar krachtens de algemeene bepaling van art. 1401.

Waar zoodanige reden van uitzondering niet bestaat, is de eigenaar of gebruiker tot vergoeding verpligt; en zoo hij al een regt van verhaal heeft op een ander (1), dit gaat dengene die

(1) Dit zal men hebben tegen den herder, die nalatig geweest is in zijn toezigt op het dier; verg. echter OPZOOMER, B, VI, bl. 338 en v., n. 3.

schade leed niet aan, deze kan zich aan hem houden. Men is niet aansprakelijk, zonder op zoodanige wijze met het dier in betrekking te staan (1), al bevindt het zich ook op onzen grond, of vergezelt het ons op onzen weg. En als men het is, dan moet men ook werkelijk vergoeden, en kan men niet volstaan met het dier zelf voor de veroorzaakte schade af te staan, zoo als dat in het Romeinsch en ook in het oud-Hollandsch regt was toegelaten (2).

Wij hebben voorts ook eene bepaling omtrent levenlooze voorwerpen in art. 1405: „De eigenaar van een gebouw is verantwoordelijk voor de schade door deszelfs geheele of gedeeltelijke instorting veroorzaakt, indien deze door verzuim van onderhoud, of door een gebrek in de bouwing of inrigting, is teweeg gebragt." Terwijl onze wetgever ook het nemen van een voorzorgsmaatregel toegelaten, en in art. 702 bepaald heeft, dat alle gebouwen, schoorsteenen (3), muren enz., die hetzij door ouderdom of uit anderen hoofde dreigen in te storten en het naburige erf in gevaar brengen of daarover heen hangen, op de eerste aanmaning van den eigenaar van dit erf afgebroken, opgebouwd of hersteld moeten worden, heeft hij, in navolging van art. 1386 C. N., ook de verpligting erkend tot vergoeding van reeds geleden schade. En die verpligting bestaat ook bij ons gelijkelijk, hetzij er eene waarschuwing, aanmaning of vordering tot voorziening vooraf gegaan is of niet (4).

De wet spreekt in het algemeen van een gebouw, zonder aanleiding te geven tot onderscheiding, hetzij naar zijnen aard, hetzij naar de bouwstoffen, waaruit het is zamengesteld. Zij verbindt voorts een gelijk gevolg aan eene gedeeltelijke en aan

(1) Men is niet aansprakelijk voor de schade, veroorzaakt door den hond van den herder; verg. Zuid-Holland 11 Februarij 1861, W. 2248.

(2) Zie b.v. l. 1, § 11 en v. D. si quadrupes (IX, 1); DE GROOT, *Inleyd.*, III, 38.

(3) Verg. hierboven, VI, bl 279.

(4) Verg. TOULLIER, XI, n. 317.

eene geheele instorting; niet alleen is daaromtrent geene onderscheiding gemaakt, maar bij de herziening is ook uitdrukkelijk van beide gesproken (1). En nu is er geen grens gesteld of aan te wijzen; en terwijl er zeker geen zwarigheid gemaakt behoeft te worden, om de bepaling toe te passen, waar een schoorsteen is neergekomen, kan men dat ook doen, waar een luik, een dakpan, een stuk hout, of eenig ander bestanddeel van het gebouw naar beneden is gevallen.

Wat met dat gebouw is voorgevallen, moet teweeggebragt zijn door verzuim van onderhoud of door een gebrek in de bouwing of inrigting. Art. 1386 C. N. duidt het laatste aan door te spreken van le vice de sa construction. Dit laatste woord was in de vertaling door drie teruggegeven, en bij ons werden die drie, maar in den Franschen tekst ook het enkele: construction, overgenomen; wij kunnen daarbij gevoegelijk denken aan den aanleg van het werk en de meer of minder degelijke wijze waarop het is uitgevoerd. In allen gevalle moet hetgeen geschied is aan het gebouw te wijten zijn, en niet een gevolg van toeval of overmagt. Wanneer het door den bliksem is veroorzaakt, het gebouw ten gevolge van oorlog of opstand vernield, of bij een brand, om den voortgang daarvan te stuiten, omvergehaald is, mist onze bepaling hare toepassing (2).

De schade kan van verschillenden aard zijn, en hetzij het goed, hetzij den persoon van een ander treffen. Zij moet vergoed worden, hetzij die ander in eenige betrekking staat tot het gebouw of niet, maar b.v. in het voorbijgaan getroffen werd (3). Zij moet vergoed worden door den eigenaar van het gebouw, niet omdat deze altijd is degene die het gebouw onder zijn

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 84 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 531.

(2) Bij de behandeling van art. 1386 C. N. was voorgesteld, de woorden: par une suite etc., eenvoudig te vervangen door par sa faute, maar daaraan is teregt geen gevolg gegeven; zie *Confér. du C. C.*, V, bl. 208; MALEVILLE, III, bl. 192.

(3) Verg. LAROMBIÈRE, op art. 1386, n. 8; DEMOLOMBE, XXXI, n. 659.

opzigt heeft, en dus overeenkomstig art. 1403*a*, maar ook ofschoon hij het niet onder zijn toezigt heeft, omdat art. 1405, dat geheel los is van art. 1403*a*, alleen op den eigenaar wijst, en niet, gelijk art. 1404, tevens spreekt van hem die het in gebruik heeft. Nu zal wel hij, die het als het zijne in bezit heeft, zoo hij als eigenaar gedagvaard werd, niet met grond en goed gevolg tegen den eisch kunnen aanvoeren, dat hij geen eigenaar maar slechts bezitter is, deze wordt immers ook volgens art. 604 1° en 605 1° bij voorraad en tot het tijdstip der geregtelijke terugvordering als eigenaar aangemerkt (1); maar die de schade leed, heeft deswege geene vordering tegen den huurder of tegen iemand die het gebouw om niet gebruikt, al waren deze ook volgens overeenkomst tot behoorlijk onderhoud verpligt. Zelfs niet tegen een vruchtgebruiker, al is de schade ook een gevolg van een verzuim van onderhoud, dat te zijnen laste komt, en al heeft hij ook even goed als de eigenaar een eigen zakelijk regt op het gebouw; deze moge dan tegen hem een regt van verhaal hebben, die de schade leed kan alleen den eigenaar aanspreken, omdat de wet dezen alleen verantwoordelijk heeft gesteld (2). Al zijn volgens art. 1645 de bouwmeesters en aannemers tien jaren lang aansprakelijk, wanneer een voor een bepaalden prijs aangenomen en afgemaakt gebouw door een gebrek in de zamenstelling, of zelfs uit hoofde van de ongeschiktheid van den grond, geheel of gedeeltelijk vergaat, een derde, die daardoor schade lijdt, heeft hiervoor geen aanspraak tegen hen, maar alleen tegen den eigenaar. En zij kunnen ook alleen dezen aanspreken, al betreft het een gebouw, dat nog in aanbouw en nog niet door den aannemer opgeleverd, maar daarom immers wel reeds het eigendom van den grondeigenaar is (3). Behoort het gebouw aan meer eigenaren toe, dan zijn deze natuurlijk te zamen,

---

(1) Verg. *Regtsg. Adviezen*, VI, bl. 106—111.

(2) Verg. TOULLIER, XI, n. 317; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 448, bl. 85, n. 10; DEMOLOMBE, XXXI, n. 658; LAROMBIÈRE, op art. 1386, n. 2; LAURENT, XX, n. 640.

(3) Verg. H. R. 12 Maart 1874, *W.* 3700. Zie echter ook DEMOLOMBE, XXXI, n. 660; LAURENT, XX, n. 643.

maar ieder voor hun aandeel, niet hoofdelijk, voor de schade aansprakelijk (art. 1318) (1).

Wat art. 1404 zegt van een dier, en art. 1405 van een gebouw, is niet eene toepassing, of eene nadere bepaling of ontwikkeling van een regel of algemeen beginsel, in art. 1403*a* uitgedrukt, maar om en in verband met die bepalingen is daar in de inleiding sprake van zaken die men onder zijn opzigt heeft. En is dit zoo, dan mag noch hieruit, noch bij analogie uit die artt. iets worden afgeleid, omtrent aansprakelijkheid voor schade, ten gevolge van eenig voorwerp geleden (2). Zoo zal b.v. de schade, veroorzaakt door den val van een boom (3), naar mijn oordeel eenvoudig gedragen moeten worden door hem wien zij getroffen heeft, omdat geen ander daarvoor jegens hem aansprakelijk is gesteld. En deze voorstelling komt mij te meer aannemelijk voor, omdat ik niet zie, hoe en waarom de wetgever, die met betrekking tot dieren en gebouwen nadere bepalingen noodig achtte, heeft kunnen meenen ten aanzien van boomen en andere voorwerpen alles onbepaald te moeten of te kunnen laten; hoe hij, die in art. 1405 bepaaldelijk op den eigenaar, in art. 1404 op den eigenaar of gebruiker wees, voor het overige kon meenen zich van alle aanduiding te kunnen onthouden, of te kunnen volstaan met die welke het slot van art. 1403*a* bevat, terwijl het toch zeker dikwijls moeijelijk genoeg kan zijn met zekerheid te antwoorden op de vraag, wie ten tijde van den val den boom onder zijn toezigt had enz.

Nog een paar punten in verband met het voorgaande. Van een havenhoofd is ten gevolge van een zwaren storm een steen losgeraakt en in den ingang der haven neergekomen, een schip, dat de haven zal invaren, stuit op den steen en lijdt avarij; in eene publieke vaart is een onzigtbare paal aanwezig, een schip stoot tegen dien paal en bekomt een lek. Is nu hij, die de

---

(1) Verg. TOULLIER, XI, n. 317; DEMOLOMBE, XXXI, n. 661.

(2) Verg. hierboven, bl. 90 en v., 93. Anders echter *Regtsg. Adviezen*, VI, bl. 100—106.

(3) Verg. daarover TOULLIER, XI, n. 317 aan 't slot; LAROMBIÈRE, op art. 1386, n. 10; DEMOLOMBE, XXXI, n. 664.

schade heeft geleden, geregtigd daarvoor vergoeding te vragen, in het eerste geval van den staat, in het andere van de gemeente? Ik neem aan, dat hun karakter van regtspersoon daartegen geen bezwaar oplevert. Dan is er tweeërlei grond voor een regt op vergoeding denkbaar, dat de schade door een persoon, en dat zij door eene zaak veroorzaakt is; maar zal dat regt grond vinden in de bepalingen der wet, dan moet ook òf het een òf het ander het geval zijn. Wil men het eerste, dan moet men zich beroepen op art. 1402, en beweren, dat de schade veroorzaakt is door nalatigheid van den staat of de gemeente, of van hen door wie zij werkzaam en voor wie zij verantwoordelijk zijn; maar dan zal tevens moeten vaststaan, dat de staat tegenover het publiek regtens verpligt is, den toegang tot de haven ten allen tijde veilig te houden, de gemeente verpligt te zorgen, dat geen onzigtbare paal noch eenig ander voorwerp voor een schip gevaarlijk kan worden, omdat anders kwalijk van nalatigheid sprake kan zijn, en van aansprakelijkheid deswege. Voor zoodanige verpligting nu zal men moeijelijk een grond vinden in de wet; en al brengt art. 179 der Gemeentewet onder *h* tot de taak van het dagelijksch bestuur der gemeente, aan burgemeester en wethouders opgedragen, de zorg voor de bruikbaarheid en veiligheid der vaarten tot gemeene dienst van allen bestemd, dit legt aan de gemeente geene verpligting of aansprakelijkheid op, evenmin als men b.v. daaruit, dat onder letter *n* het dagelijksch bestuur mede met het toezigt op de brandbluschmiddelen belast is, zal kunnen afleiden, dat de gemeente mede aansprakelijk is, wanneer de brand van mijn huis wegens den onvoldoenden staat der brandspuiten enz. niet vlug genoeg gestuit heeft kunnen worden. Wil men nu, wanneer art. 1402 niet baat, den grond der aansprakelijkheid zoeken in art. 1403*a*, dan kan dit even weinig voldoen, omdat het geen regel of algemeen geldend beginsel behelst, maar slechts geldt voor zoover het in art. 1404 of 1405, of misschien elders in de wet, is toegepast. Maar gesteld, dat dit anders, en art. 1403*a* werkelijk eene algemeene op zich zelf staande en werkende bepaling was, dan zou het nog geen voldoenden grond voor de aansprakelijkeid van staat of gemeente opleveren. Het veronderstelt in

het laatste gedeelte, waarmede wij hier alleen te doen hebben, dat er schade veroorzaakt is, niet door een daad of verzuim van een persoon, maar door eene zaak, en voor die door eene zaak veroorzaakte schade stelt het den persoon aansprakelijk, die die zaak onder zijn opzigt heeft. Hoe hebben wij dat nu hier toe te passen? Het dier, waarvan art. 1404 spreekt, doet iets dat schade veroorzaakt, en zijn eigenaar of gebruiker moet deze vergoeden; het gebouw van art. 1405 ondergaat althans iets, en wat het ondergaat brengt schade mede voor een ander, zijn eigenaar is daarvoor aansprakelijk; maar wat is in de hier bedoelde gevallen de zaak die de schade veroorzaakt heeft? De haven, of de vaart? Maar deze lieten zich eenvoudig bevaren, en bragten het schip niet met steen of paal in aanraking. De steen of de paal? Maar deze stootten niet op het schip, het schip stootte op die voorwerpen. Had de steen in zijnen val naar de diepte het schip medegesleept, was de paal, uit den grond oprijzende in het schip gedrongen, zoo zou ik kunnen denken aan verantwoordelijkheid van staat of gemeente, wanneer ik kon aannemen, dat steen of paal onder hun opzigt was. Had het schip door zijne aanraking den steen verbrijzeld, de paal afgebroken, ik zou kunnen gelooven aan de aansprakelijkheid van den schipper, die het schip onder zijn toezigt had. Maar hoe de steen of de paal, die zich bevonden ter plaatse waar het schip er mede in aanraking kwam, die deze aanraking niet hebben bewerkt en niet konden ontwijken, gezegd kan worden de schade van het schip veroorzaakt te hebben, is mij niet duidelijk; en daarom ook niet, hoe staat of gemeente op grond van art. 1403*a* voor die schade aansprakelijk zouden kunnen zijn, al kon ik ook aannemen, dat zij den steen of de paal onder hun toezigt hadden. Is nu die aansprakelijkheid niet daarop gegrond, dat er zich een steen of een paal bevond, waar staat of gemeente verpligt was te zorgen dat alles veilig was, en zoo op art. 1402, noch daarop dat steen of paal schade heeft veroorzaakt, en zoo op art. 1403*a*, dan is zij niet op de wet gegrond, maar dan bestaat zij ook niet (1).

---

(1) Verg. hierbij o. a. H. R. 26 October 1860, met de conclusie

Bij eene Wet van 2 Junij 1875, Sb. n. 95, tot regeling van het toezigt bij het oprigten van inrigtingen, welke gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken, is in het belang van anderen, met name van eigenaren en gebruikers van naburige erven, in art. 1 verboden, zoodanige inrigtingen, daar nader aangeduid, op te rigten zonder vergunning, in den regel van het gemeentebestuur (1). Overtreding van dat verbod wordt in art. 22 met straf bedreigd, maar is ook zonder twijfel eene onregtmatige daad; en men kan gereedelijk aannemen, dat schade, ten gevolge eener zonder verleende vergunning of in strijd daarmede in werking gebragte inrigting door anderen geleden, op grond van art. 1401 vergoed moet worden. Maar al is de vereischte vergunning verleend, en verder overeenkomstig de gemaakte bepalingen gehandeld, toch is daarom de mogelijkheid van schade voor anderen niet weggenomen; en zoo er schade geleden wordt, zal deze dan ook door den ondernemer vergoed moeten worden? Ook hier kan weder tweeërlei grond voor zijne aansprakelijkheid in aanmerking komen; deze zou kunnen steunen op de werking der onder zijn toezigt staande inrigting, der fabriek of trafiek, of op zijne daad of zijne nalatigheid of onvoorzigtigheid. Wat het eerste betreft, wanneer het waar is, dat art. 1403*a* niet is de uitdrukking van een regel of beginsel, maar enkel eene inleiding tot o. a. ook art. 1404 en 1405, dan is, geloof ik, de zaak beslist, en kan er aan geene verdere aansprakelijkheid gedacht worden, dan wegens geheele of gedeeltelijke instorting van een gebouw volgens art. 1405. En zoo men al over het bedoelde punt anders mogt oordeelen, dan moet toch bij art. 1403*a* gedacht worden aan schade, veroorzaakt, niet door een persoon, maar door eene zaak; en wat is dan hier de schade, veroorzaakt door eene zaak, die men onder zijn toezigt heeft? Hieronder zal men toch wel enkel

---

van Mr. VAN MAANEN, in *N. R. B.*, XI, bl. 209 en v.; H. R 22 Januarij 1869, met de conclusie van Mr. KARSEBOOM, in *N. R. B.*, XX, bl. 21 en v.

(1) Vroeger was de zaak vooral geregeld door een K. B. van 31 Januari 1824, Sb. n. 19.

eene materiële zaak, de fabriek of trafiek, en niet de onderneming of hare werking, de affaire of hare uitoefening, moeten verstaan. Met betrekking tot het andere kan men gereedelijk toestemmen, dat de ondernemer aansprakelijk is voor alle schade, bij de exploitatie aan anderen veroorzaakt door eene onregtmatige daad, of door nalatigheid of onvoorzigtigheid, van hem zelven, of van iemand voor wiens doen en laten hij verantwoordelijk is; maar dan moet er ook bepaaldelijk zoodanige daad, nalatigheid of onvoorzigtigheid hebben plaats gehad en bewezen kunnen worden. Is dit het geval niet, en kan de schade alleen aan de inrigting en hare werking geweten worden, dan bestaat er geene aansprakelijkheid op grond van art. 1401 of 1402, dan kan er geen sprake zijn van schade toegebragt door een onregtmatige daad enz. En al maakt men geen zwarigheid om art. 1382 C. N., 'twelk spreekt van tout fait quelconque de l'homme, tot onregtmatige daden te beperken, laat ons niet het tegenovergestelde daarvan doen, door, wat onze wet bepaaldelijk zegt van elke onregtmatige daad, tot tout fait quelconque uit te strekken (1).

Ons B. W. behelst in art. 1406 en volg. eene reeks van bepalingen, bestemd om die van art. 1401 ten aanzien van enkele onregtmatige daden nader in bijzonderheden te ontwikkelen. In den C. N. komen zij niet voor, en ook nog niet in ons Wetb. van 1830; maar bij de herziening werden ze voorgesteld en, ofschoon niet zonder tegenstand, aangenomen (2). De Regering kon daarbij wijzen op art. 1318—1828 W. N. v. H., waarmede de Commissie, aan wie in 1807 was opgedragen den C. N. voor ons toenmalig rijk te bewerken, ook reeds gemeend had dat Wetb. te moeten aanvullen (3); en zij gaf tevens in hare

---

(1) Verg. ook o. a. W. C. D. OLIVIER, *Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politieregt*, Leiden 1847, bl. 161—168. Anders o. a. Mr. S. J. FOCKEMA ANDREAE, in *Themis*, 2, XVI, bl. 337—365, vooral bl. 351 en v.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 85 en v.

(3) Er kwamen ook zoodanige bepalingen voor in art. 3021 en volg. Ontw. v. 1820; maar daarop werd niet gewezen, en daarvan blijkt ook niet, dat ze eenigen invloed op de onze gehad hebben.

memorie van toelichting de redenen te kennen, waarom zij de voorgestelde bepalingen noodig achtte. Zij erkende het bestaan van die van ons art. 1401; doch, zoo ging zij voort, „het stellen van dien regel is onvoldoende, omdat dezelve onbeantwoord laat, wie, in geval van moedwilligen of onvoorzigtigen doodslag, bevoegd is schadeloosstelling te vragen; hoe die schade moet worden gewaardeerd; waartoe een gewond of verminkt persoon geregtigd is; op welke wijze laster, hoon of beleediging moet worden gebeterd; of de gelasterde, gehoonde of beleedigde partij, behalve eene geldelijke vergoeding voor geledene verliezen, niet ook betering van eer kan vorderen; waarin die betering kan bestaan; hoedanig de beleediger alle openbaarmaking door het betoonen van zijn leedwezen kan voorkomen; of echtgenooten, ouders, grootouders, kinderen enz. herstel van eer kunnen vorderen, indien hunne echtgenooten en dierbaarste bloedverwanten, na hunnen dood, schendig in hunnen goeden naam zijn aangerand; of de regtsvordering niet behoort te vervallen, indien uit een vonnis of eene authentieke akte van de waarheid van de gedane aantijging blijkt; of, desniettegenstaande, een bij vonnis gestraft persoon niet behoort te worden gewaarborgd tegen vervolgingen, die geen ander kennelijk doel hebben, dan het voornemen om hem te beleedigen; op welke wijze die regtsvordering verloren gaat." Op zoodanige vragen nu geeft art. 1401 geen antwoord; bepalingen, die dit wel doen, kunnen met regt als eene aanwinst beschouwd worden, en zij, die ze indertijd bestreden, hadden misschien meer wezenlijk nut kunnen doen door te trachten ze te verbeteren.

De wet spreekt dan vooreerst in art. 1406 van het geval van doodslag, en wel van moedwilligen of onvoorzigtigen doodslag, die, beide onregtmatige daden zijnde en gelijkelijk schade veroorzakende, hier uitdrukkelijk op ééne lijn zijn gesteld. Zij spreekt niet van doodslag uit noodweer, of die het gevolg was van overmagt (1); maar men spreekt dan ook zelfs van geen doodslag uit onvoorzigtigheid, en men kan zeggen, dat zoodanig

(1) Wel deed dat art. 1321 W. N. v. H., 'twelk daarbij alle regt op vergoeding uitsloot.

geval noch in de termen onzer bepaling valt, noch in die van art. 1401. Terwijl voorts het verlangen werd te kennen gegeven naar eene bepaling, volgens welke, wanneer verschillende personen tot den doodslag hebben medegewerkt, of daaraan medepligtig zijn geweest, de vergoeding van allen gevorderd zou kunnen worden, al kan niet juist worden aangetoond door wien van hen de doodslag is toegebragt, maar daaraan geen gevolg is gegeven (1), zal zulks toch wel mogen worden aangenomen ten aanzien van allen, die als daders of medepligtigen aan den doodslag schuldig zijn, maar ook niet verder mogen worden uitgebreid tot hen, die er bij zijn geweest, zonder dat van hunne schuld of onschuld blijkt.

Regt op vergoeding hebben te dier zake, volgens art. 1406, de overblijvende echtgenoot, zoowel dus de gewezen man der vrouw, als de gewezen vrouw van den man (2), de kinderen en de ouders van den verslagene, die — en wij mogen er wel bijvoegen: voor zoover zij — door zijnen arbeid plegen te worden onderhouden. Om die nadere bepaling zullen wij wel geregtigd zijn om de genoemden door het woordje *en* te verbinden (3), ofschoon de wet het voegwoord *of* bezigt, en mede van de ouders gesproken is ten gevolge van een uitgedrukt verlangen, dat ook aan ouders het regt zou worden toegekend: bij ontstentenis van weduwen en kinderen (4). En men heeft zwarigheid gemaakt om van dat vereischte af te zien, omdat hier alleen sprake is van eene burgerlijke regtsvordering, die alleen kan strekken tot schadevergoeding, welke niet te pas komt wanneer er geen schade bestaat (5). Nu is het zeker niet noodig, dat zij, die vergoeding eischen, uitsluitend door den arbeid van den

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 93. Verg. art. 1319 W. N. v. H.; art. 3022*b* Ontw. v. 1820.

(2) Het ontwerp sprak, even als art. 1318 W. N. v. H., en ook art. 3022*a* Ontw. van 1820, van de weduwe; maar de redactie is veranderd; zie VOORDUIN, V, bl. 89 en v., n. V, VII, Daar werd voorts, behalve van de weduwe, alleen van de kinderen gesproken.

(3) Dit wil ook OPZOOMER, B, VI, bl. 342, n. 1.

(4) Zie VOORDUIN, V, bl. 89, n. VI.

(5) Zie VOORDUIN, V, bl. 89 en v., n. VI.

verslagene onderhouden werden, maar wel, dat dit althans mede het geval was, en zij nu van zijne toelage verstoken zijn.

Het ontwerp sprak van vergoeding van schade en winstderving (1). Maar er werd opgemerkt, dat zij, zoo ze ook deze zou omvatten, te algemeen en te onbepaald zou zijn, en de wet spreekt nu alleen van schadevergoeding (2). En al kan men misschien betwijfelen, of het aangevoerde wel tot de verandering had moeten leiden, of het gemis der tot dus ver genoten ondersteuning niet ook winstderving, en of de onzekerheid van den duur dier ondersteuning nu toch niet dezelfde is, er kan nu geen winstderving in rekening gebragt worden. En hieruit volgt, dat, wanneer de echtgenooten in gemeenschap van goederen getrouwd waren, en de doodslag van den man belet dat de rijke boedel zijner ouders in die gemeenschap komen zal, de weduwe daarvoor geene vergoeding vragen kan; evenmin als de zoon, wiens vader tot eenigen erfgenaam eener aanzienlijke nalatenschap benoemd was bij eene uiterstewils-beschikking, die nu door diens dood verijdeld is. De wet wil voorts, dat de hoegrootheid der toe te kennen schadevergoeding gewaardeerd zal worden, naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, en naar de omstandigheden. Terwijl er een bedrag bepaald moet worden, in eens of bij periodieke uitkeeringen, maar die bepaling moeijelijk volkomen juist aan de geleden schade geëvenredigd zijn kan, is nu den regter eene groote ruimte gelaten, om in elk gegeven geval de schadevergoeding zoo te bepalen als hij redelijk acht, al zou ook eene meer volledige schadevergoeding op het vermogen van den schuldige verhaald kunnen worden.

In de tweede plaats spreekt de wet in art. 1407*a* van kwetsing of verminking van eenig deel des ligchaams, en stelt ook daarbij weder uitdrukkelijk eene moedwillige en eene onvoorzigtige gelijk. Zij kent te dier zake alleen aan den gewonde een regt op vergoeding toe. Maar terwijl na zijnen dood geene verdere vergoeding voor anderen meer te pas komt, zal bij de

---

(1) Zoo ook art. 1318 W. N. v. H., art. 3022 Ontw. v. 1820.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 89, 90 en v., 91 en v., n. V, VII, IX.

bepaling van het bedrag daarvan ook gelet kunnen worden op het nadeel, dat, ten gevolge van zijne ongeschiktheid voor arbeid, anderen met hem ondervinden. De wet kent hem vergoeding toe voor de kosten van herstel, en voor de schade door de kwetsing of de verminking veroorzaakt, waarbij wel bepaaldelijk ook aan eene tijdelijke of blijvende ongeschiktheid voor den arbeid, althans voor dezen of genen arbeid, gedacht zal moeten worden, en hij heeft ook hier de eerst daarbij vermelde winstderving weggelaten (1). Ook hier is weder in art. 1407*b* voorgeschreven eene waardering naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, en naar de omstandigheden. En in art. 1407*c* is in het algemeen gezegd, dat die bepaling toepasselijk is bij de waardering der schade, ontstaan uit elk misdrijf tegen den persoon gepleegd. Men dacht daarbij aan verkrachting, schaking, willekeurige aanhouding, en andere misdrijven tegen den persoon, in tegenstelling van die tegen de goederen gepleegd (2), en die, ofschoon hier niet afzonderlijk besproken, toch volgens art. 1401 ook aanspraak op vergoeding geven.

De wet spreekt in art. 1407 alleen van de kosten van herstel en van de schade door de kwetsing of verminking veroorzaakt, niet ook van pijn of smart en ontsiering van het ligchaam, die volgens art. 1320 W. N. v. H., even als volgens art. 3023 Ontw. van 1830, onder de schade en winstderving begrepen zouden worden. Nu komt het mij voor, dat te dier zake bij de bepaling der vergoeding niets in rekening mag worden gebragt. Onder schade plegen wij niet ook pijn enz. te verstaan, evenmin als het nadeel in eer en goeden naam geleden, dat in art. 1408*a* nevens schade, en dus als daarvan onderscheiden genoemd wordt. Om ook voor die pijn enz. vergoeding toe te kennen, had men dan ook uitdrukkelijk het begrip van schade enz. zoo ruim gesteld; doch nu zou men niet alleen moeijelijk aanleiding hebben kunnen vinden om die bijvoeging weg te laten, wanneer men de zaak zelve niet wilde veranderen, maar ook deze

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 92. Verg. art. 1320 W. N. v. H., art. 3023 Ontw. v. 1820.

(2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 92 en v.

door die weglating veranderd hebben, al had men dit ook niet willen doen. Dit weegt te meer, daar ook de winstderving is weggelaten. De bepaling der wet laat nu moeijelijk eene andere opvatting toe, dan dat wegens kwetsing of verminking geene verdere vergoeding dan van werkelijke schade gevorderd kan worden (1).

In de derde plaats spreekt de wet nog, in art. 1408 en volg., van laster, hoon of beleediging, of, gelijk daar nu volgens art. 12 der Wet van 26 April 1884, Sb. n. 93, gelezen moet worden, van beleediging. Ook deze onregtmatige daad brengt eene verpligting tot vergoeding mede, en aan de behandeling daarvan heeft de wetgever eene reeks van bepalingen gewijd.

Onder beleediging kan men alles verstaan, wat, hetzij met die benaming, hetzij als laster, hoon, smaad of eenige verwante uitdrukking wordt aangeduid. Zij kan mondeling of schriftelijk, ook in druk en door afbeeldingen geschieden; de wet beperkt hare bepalingen niet tot deze of gene wijze, waarop de beleediging plaats heeft. De wet kent in het algemeen te dier zake eene burgerlijke regtsvordering toe, strekkende tot vergoeding der aangedane beleediging. Zij zegt niet, tegen wie zoodanige vordering kan worden ingesteld. Natuurlijk denken wij daarbij aan hen die de beleediging hebben aangedaan, maar hiertoe kunnen meer personen, en wel op verschillende wijzen, medewerken, met name, waar zij geschiedt door gedrukte stukken, die verspreid worden; wij zullen dan hebben te denken aan dengene van wien de beleediging is uitgegaan, en waar men tegen dezen zijn regt niet kan doen gelden, aan dengene die in de naaste plaats buiten hem daartoe werkzaam geweest zijnde, deswege te vinden is (1).

De vordering komt in het algemeen aan dengene toe, wien

---

(1) Verg. o. a. mijn opstel in *Opmerk. en Mededeel.*, V, bl. 152—165; DE PINTO, II, § 806, 5e uig., bl. 550 en v., 6e uitg. bl. 576 en v.; OPZOOMER, B, VI, bl. 342, n. 2. Anders Mr. A. F. JONGSTRA, in *W.* 74; Mr. P. F. L. BLUSSÉ, in *Ned. Jaarb. v. R. en W.*, VI, bl. 130—149; *Regtsg. Adviezen*, II, bl. 99—103.

(2) Verg. hierbij art. 53 en v. W. v. Sr.

de beleediging is aangedaan, en kan door hem of zijnen wettigen vertegenwoordiger worden ingesteld. Terwijl volgens art. 1324 W. N. v. H. het regt om betering van eer te vorderen toekomt, niet alleen aan dengene die regelregt beleedigd is, maar ook aan hen, die zich door de aangedane injurie zijdelings voor beleedigd kunnen houden, b.v. den vader van een minderjarigen zoon, den man van eene gehuwde vrouw, wanneer aan dezen eene injurie is aangedaan, is zoo iets in onze wet niet gezegd, maar daarom ook niet voor alle toepassing onvatbaar gemaakt. Doch bij ons is in art. 1411 bepaald, dat de toegekende regtsvorderingen ook toekomen aan echtgenooten, ouders, grootouders, kinderen en kleinkinderen wegens (laster, hoon of) beleediging, hunnen echtgenooten, kinderen, kleinkinderen, ouders en grootouders na hun overlijden aangedaan. Men merkte aan, dat iemands nagedachtenis niet aan de beleediging van iedereen prijsgegeven behoort te worden, zonder dat zijne naaste bloedverwanten de eer van den overledene zouden kunnen wreken; dat, wanneer b.v. de eer van den overleden vader wordt aangerand, de hoon op den zoon nederdaalt, en dat de vrees, dat op die wijze ongunstige beoordeelingen van overledenen verhinderd zouden worden, ongegrond zijn zou, omdat immers voor de toewijzing der vordering altijd de bedoeling om te beleedigen noodig is (1).

En hiervan is in allen gevalle de toewijzing eener vordering afhankelijk gesteld. Art. 1412 bepaalde daaromtrent: „De burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging kan niet worden toegewezen, indien niet blijkt van het oogmerk om te beleedigen, maar integendeel noodzakelijke verdediging, regtmatige aanklagte, verpligting om getuigenis der waarheid te geven, pligten van ambt, post, bediening of eenige wettige betrekking, of ook andere regtmatige of geoorloofde inzigten, tot de daad, welke anders honend of beleedigend zoude zijn, billijken grond en aanleiding hebben gegeven." Art. 12 der Wet van 26 April 1884, Sb. n. 93, liet niet alleen ook hier de woorden: „laster, hoon of" wegvallen, maar verving ook de

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 87, 3°, 95 en v.

later volgende: maar integendeel, tot en met het slot van het art., door eene zinsnede van dezen inhoud: „Het oogmerk om te beleedigen wordt niet aanwezig geacht, voorzoover de dader klaarblijkelijk heeft gehandeld in het algemeen belang of tot noodzakelijke verdediging." Het wel wat woordenrijke slot is daardoor teregt en zonder gevaar voor nadeelige gevolgen ingekort. Wij merken daarbij voorts op, dat volgens de eerste zinsnede voor eene toewijzing der vordering moet blijken van de bedoeling om te beleedigen; en dat nu die toewijzing niet verzekerd is, wanneer maar niet blijkt van datgene waarvan de tweede zinsnede spreekt. Blijkt hiervan wel, dan is die toewijzing voor goed belet; maar zoo daarvan niet blijkt, is zij nog altijd afhankelijk van de op den voorgrond gestelde noodzakelijke voorwaarde. En nu is er niet altoos eene afzonderlijke aanwijzing noodig van de ongeoorloofde bedoeling, maar wel is noodig, dat de wijze waarop, en de omstandigheden waaronder de beleediging heeft plaats gehad, met genoegzame zekerheid tot de bedoeling doen besluiten (1).

De vordering tot vergoeding kan voorts nog op iets anders afstuiten. Zij kan volgens art. 1413*a* niet worden toegewezen, „indien door regterlijk gewijsde, of uit eene authentieke akte, blijkt van de waarheid der gedane aantijging." Volgens de redactie, zoo als zij door art. 12 der Wet van 1884 gewijzigd is, wordt de toewijzing uitgesloten, „indien de beleedigde aan het te laste gelegd feit bij regterlijk gewijsde onherroepelijk is schuldig verklaard." De veroordeeling wordt dus nu niet meer onmogelijk gemaakt door het bestaan eener authentieke akte, maar alleen door een regterlijk vonnis, dat kracht van gewijsde heeft, en wel een vonnis, 'twelk eene bepaalde schuldig-verklaring inhoudt. De latere bepaling staat in verband met art. 265 W. v. Sr., gelijk de vroegere met art. 370 C. P.

Intusschen heeft de wetgever zijne bepaling getemperd door die van art. 1413*b*, welke, in 1884 niet gewijzigd, aldus luidt: „Hij echter die kennelijk met het eenig doel van beleediging, ook dan wanneer de waarheid der aantijging uit een gewijsde

(1) Verg. ook Hof 's Hertogenbosch 8 April 1879, *W.* 4374.

of eene authentieke akte blijkt, iemand deswege met beleedigingen vervolgt, is verpligt aan denzelve de schade te vergoeden, welke deze daardoor lijdt". Men heeft, volgens de memorie van toelichting, hierdoor zorg gedragen, dat een wegens misdrijf gestraft persoon niet, als het ware, aan de wraakzucht van een ieder wordt prijs gegeven, en alzoo bijna vogelvrij verklaard (1). Zelfs zoodanig vonnis, en zeker ook eene authentieke akte, die, al zal zij de toewijzing der vordering niet noodwendig beletten, toch daarvan terughouden kan, zal geen vrijbrief opleveren voor wie maar lust gevoelt om hem, die iets misdreven heeft, dit te verwijten, met geen ander doel dan enkel om hem te beleedigen, en dus om hem met zijne beleedigingen te vervolgen. Deze kan dan daarom even goed veroordeeld worden tot vergoeding der door de beleediging veroorzaakte schade. Maar art. 1413*b* spreekt ook alleen hiervan; en dit is opzettelijk aldus geschied (2), aan eene betering van eer kan daarbij gedacht worden (3).

Eene beleediging kan namelijk tweeërlei uitwerking, en eene burgerlijke regtsvordering te dier zake dienovereenkomstig ook tweeërlei strekking hebben. Eene beleediging kan stoffelijke schade teweeg brengen, misschien wel werkelijk verlies, maar althans winstderving doen ondervinden. De koopman, van wien men zegt, dat hij vervalschte of anders slechte waren verkoopt, zal ligt vermindering van zijn debiet ondergaan; wanneer men zich over iemands eerlijkheid of financiële vertrouwbaarheid ongunstig uitlaat, zijne zedelijkheid of zijn karakter aanrandt, zal dit ten gevolge kunnen hebben, dat anderen met hem geene zaken willen doen, en hij daardoor nadeel lijdt; en de schade, die aldus aan zijne beurs wordt toegebragt, kan ook aan zijne beurs weer goed gemaakt, door geldelijke vergoeding hersteld worden. Maar door de beleediging heeft ook zijn eer en goede naam geleden, en dit verlies, niet van stoffelijken, maar van geheel anderen aard, kan ook niet stoffelijk, door geld, vergoed

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 87, 5°.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 87, 5° aan 't slot.

(3) Meer uitdrukkelijk was dat gezegd in art. 1327 W. N. v. H.

worden; die zich daarvoor betalen liet, en zoo de hem aangedane hoon als een bron van winst utiliseerde, zou daardoor in het oog van het publiek nog meer onteerd worden; ook het nadeel, aan eer en goeden naam geleden, behoort intusschen zooveel mogelijk vergoed te kunnen worden, maar noodwendig moet dit op eene eigene en geheel andere wijze geschieden (1).

Beide zeer verschillende zaken moeten daarom ook wel degelijk worden onderscheiden. Dit nu was in het W. N. v. H. geschied, welks art. 1322 inhield, dat die door woorden geschriften of dadelijkheden iemands eer beleedigt, behalve tot het vergoeden van schade, ook gehouden is de injurie of aangedanen hoon honorabel te beteren. En daarop wijst ook ons art. 1408*a*, 'twelk nu zegt, dat de burgerlijke regtsvordering ter zake van beleediging strekt tot vergoeding der schade en tot betering van het nadeel, in eer en goeden naam geleden. Maar terwijl hier al aanstonds de onderscheiding en tegenstelling minder scherp uitkomen, worden ze in hetgeen volgt evenzeer gemist. Terwijl art. 1408*b* ons zegt, waarop de regter bij het waarderen daarvan letten moet, geeft dat „daarvan" alleszins aanleiding om te denken aan het een zoowel als aan het ander van wat in het eerste lid is aangeduid, of althans aan het nadeel, waarvan daar het laatst gesproken was. En lezen wij dan art. 1409, wat de beleedigde bovendien kan eischen, dan is het weer niet onnatuurlijk, wanneer iemand vermoedt, dat dit nog buiten dat een en ander gevorderd kan worden; terwijl de aanhef van art. 1410 weer doet denken aan iets, ten aanzien waarvan de verwerende partij de toewijzing niet kan voorkomen van de vordering bij het voorgaande art. 1409 vermeld. Onze wetgever heeft nadere bepalingen willen geven omtrent de beide elementen, waarvan in art. 1408 sprake was. In het W. N. v. H. was zoo iets ook geschied, maar alleen ten aanzien van het tweede.

---

(1) In de memorie van toelichting was ook opgemerkt, dat o. a. bepaald behoorde te worden „of de gelasterde, gehoonde of beleedigde partij, behalve eene geldelijke vergoeding voor geledene verliezen, niet ook betering van eer kan vorderen"; zie hierboven, bl. 118; VOORDUIN, V, bl. 86.

Onze wetgever heeft dat ook omtrent het andere willen doen, en teregt; maar hij heeft zich daarbij niet vrij gehouden van verwarring, en heeft hiervan ook wel elders blijken gegeven (1). Intusschen zien wij dan toch, dat hij, zij het dan met meer of minder bewustheid, bij de burgerlijke regtsvordering ter zake van beleediging twee zaken heeft willen onderscheiden; en waar dit nu door hem niet naar eisch is geschied, maar zijne bepalingen ons toch den weg kunnen doen kennen, behoort het, geloof ik, tot de taak van den uitlegger dien weg meer zigtbaar te maken.

Vooreerst hebben wij dan met de veroorzaakte schade te doen. De wetgever spreekt daarvan in art. 1408*b*. Wel deed hij niet goed, met daarover te handelen in een tweede lid van hetzelfde art., welks eerste op de tweeërlei strekking der vordering wegens beleediging wijst, in plaats van daaraan een afzonderlijk art. te wijden. Wel zou hij in elk geval beter gedaan hebben, wanneer hij die bepaling door een kleinen aanhef had ingeleid, b.v.

---

(1) Volgens art. 43 W. v. B. R. — dat wel bij art. 4 der Wet van 7 April 1869, Sb. n. 55, is ingetrokken, maar om eene reden geheel vreemd aan ons onderwerp — zou hij, die ten aanzien eener wraking in het ongelijk gesteld wordt, in eene boete verwezen worden, „onverminderd de actie van den regter tot herstel van eer en vergoeding van schaden en interessen, zoo daartoe gronden zijn”. Er is, geloof ik, reden om te vermoeden, dat de wetgever zich dat herstel en die vergoeding voorstelde als natuurlijk bij elkander behoorende onderwerpen van den eisch; en men zou anders ook reden hebben om te vragen, welke schaden en interessen er te vergoeden zullen zijn aan een regter, die bevonden wordt ten onregte gewraakt te zijn. Volgens art. 40 W. R. O. nemen de kantonregters kennis van burgerlijke regtsvorderingen ter zake van mondelingen hoon, zonder hooger beroep, indien de gevraagde betering zich blootelijk bepaalt tot eene geldsom, geen *f* 50 te boven gaande, en behoudens hooger beroep, tot welke hoogere som de gevraagde *betering* moge loopen, of ook in alle gevallen, waarin, nevens of in de plaats van eenige geldsom, een *verdere eisch tot betering* mogt gedaan zijn. Beter zeker sprak art. 45 3° der N. R. I. (Wet van 31 Mei 1861, Sb. n. 49) van de burgerlijke vordering ter zake van laster, hoon of beleediging, ook dan wanneer nevens of in de plaats eener geldsom een andere eisch tot betering gedaan wordt.

door de woorden: wat nu de vergoeding der schade betreft; waardoor van zelf zou zijn aangewezen, aan de waardering waarvan gedacht moet worden. Maar onzekerheid of wezenlijke twijfel behoeft toch ook nu daaromtrent niet te bestaan; de woorden zelve wijzen het aan. Waar sprake is van waardering, terwijl wij in allen gevalle moeten denken aan hetgeen wegens beleediging gevorderd kan worden, denken wij als van zelf aan de daardoor veroorzaakte schade, of de vergoeding daarvan, en wij worden daartoe ook nog gebragt door de naast voorgaande bepalingen van art. 1406 en van art. 1407*b* en *c* (1). Die schade nu laat zich kwalijk met volkomen zekerheid berekenen, zij moet echter, zal er van vergoeding sprake kunnen zijn, op een zeker bedrag worden bepaald, al moet er daartoe, zooals men wel pleegt te zeggen, ook maar een slag in geslagen worden. En nu wijst art. 1408*b* op het een en ander, waarmede daarbij rekening gehouden moet worden; de regter zal bij de waardering „letten op het min of meer grove van de beleediging, benevens op de hoedanigheid, den stand en de fortuin der wederzijdsche partijen, en op de omstandigheden." Wat die omstandigheden betreft, men zal daarbij bepaaldelijk ook dienen te letten op de aanleiding die er tot de beleediging bestond, met name of deze een gevolg is geweest eener tergende bejegening aan zijde der andere partij, dan of zij geheel en alleen van den beleediger is uitgegaan (2). En datgene, waarop de wetgever gelet wil hebben, komt ook hier vrij wel overeen met hetgeen in de beide voorgaande artt. als zoodanig is aangeduid. Die schade nu moet ook in het geval van art. 1413*b* vergoed

---

(1) Wel merkt OPZOOMER, B, VI, bl. 347, n. 1, op, dat de Regering, met betrekking tot art. 1407*c*, als voorbeelden van misdrijf tegen den persoon noemde: „verkrachting, schaking, willekeurige aanhouding", en laat hij daarop volgen: „Bij verkrachting en schaking zal toch ook wel geen geldelijk verlies, maar de geschonden eer de groote zaak zijn, en toch voor die geschonden eer niets dan geldelijke vergoeding". Maar kunnen dan die misdrijven geene bevalling ten gevolge hebben, en geene geboorte met de daaraan verbonden verpligting tot onderhoud?

(2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 93 en v.

worden; en van de verpligting, te hare aanzien opgelegd, kan men zich ook niet ontheffen door eene verklaring als waarvan art. 1410 spreekt.

Maar nevens die schade moet ook de krenking der eer weer goed gemaakt worden, en daarover wordt in art. 1409 en 1410 gehandeld; en hierin ligt weder eene bevestiging van hetgeen zoo even omtrent de bepaalde strekking van art. 1408*b* is gezegd, terwijl omgekeerd ook deze bepaling eenig licht kan geven over de volgende. De beleedigde kan bovendien nog iets eischen, d. i. boven of buiten de vergoeding der schade waarvan in art. 1408*b* sprake was (1); hij kan eene verklaring eischen bij hetzelfde vonnis, d. i. bij het vonnis, waarbij, met toepassing der waardering overeenkomstig art. 1408*b*, de gedaagde tot schadevergoeding is veroordeeld.

De betering nu van het nadeel, in eer en goeden naam geleden, geschiedt, volgens art. 1409*a*, door eene verklaring van den regter in zijn vonnis, dat de gepleegde daad is lasterlijk (honend) of beleedigend; en dus niet door eene verklaring of andere daad van den beleediger zelven (2), die misschien moeijelijk te verkrijgen zou zijn, dan door bedreiging met lijfsdwang, maar daardoor te veel zou verkrijgen van iets dat afgedwongen is, en waarvan de ernstige meening ook buitendien te verdacht zou kunnen voorkomen, om wezenlijke waarde te hebben. Onze wetgever heeft daarom aan die andere wijze de voorkeur gegeven (3).

(1) Art. 1322 W. N. v. H. zeide, dat die — iemands eer beleedigt, *behalve* tot het vergoeden van schade, *ook* gehouden is enz.

(2) Volgens art. 1326 W. N. v. H. zou betering van injurie daarin bestaan, „dat de injuriant aan den beleedigde in het openbaar verzoekt om vergiffenis, met verklaring, dat hij berouw heeft van het gebeurde, en belooft en aanneemt, zich voortaan daarvan te zullen wachten, en eindelijk verklaart, dat hij den geïnjurieerden houdt voor een man van eer, op wiens gedrag hij niets te zeggen weet; kunnende nogtans de regter, naar den aard en meerdere of mindere kwaadaardigheid der aangedane beleediging, de uitdrukkingen en de wijze, op welke de betering geschieden moet, zoodanige andere rigting geven, als hij oordeelt te behooren."

(3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 87, 1°.

En terwijl zeker niets den beleedigde belet het vonnis, of de daarin uitgesproken verklaring, openbaar bekend te maken, is hem tevens het regt toegekend om dit door den regter te laten doen. „Het vonnis zal", volgens art. 1409*b*, „indien de beleedigde zulks vordert, ten koste des veroordeelden, openbaar worden aangeplakt, bij zoo vele exemplaren als, en daar waar de regter zulks zal bevelen."

Intusschen kan volgens art. 1410 de verwerende partij, de beleediger, de toewijzing der vordering van zoodanige verklaring van den regter, met of zonder aanplakking, voorkomen door het aanbod en de werkelijke aflegging van eene openbare verklaring voor den regter, houdende dat hem de gepleegde daad leed doet, dat hij deswege verschooning vraagt, en den beleedigde houdt voor een persoon van eer. Zoodanige verklaring, hem niet gelast, maar door hem aangeboden, kon gevoegelijk die van den regter vervangen. Maar zij moet dan ook van hem uitgegaan zijn, door hem aangeboden en door hem afgelegd, voor den regter, ter teregtzitting en dus in het openbaar (art. 18 W. v. B. R.), terwijl daarvan op het audiëntieblad vermelding moet geschieden. En wanneer de regter ten gevolge van het aanbod bij vonnis heeft verklaard, dat de gedaagde volstaan kan met de aangeboden verklaring, en voor de aflegging hiervan eene bepaalde teregtzitting aangewezen heeft, met uitspraak over de kosten voor het geval dat zij zal worden afgelegd, dan is hiermede de zaak afgedaan.

Art. 1410 betreft alleen de betering der eer; de beleediger kan door zijne verklaring alleen het vonnis voorkomen, waarvan art. 1409 spreekt, niet ook zijne veroordeeling tot schadevergoeding, en in den aanhef van art. 1410 is dit ook uitdrukkelijk te kennen gegeven. Wanneer de beleedigde bij regterlijk gewijsde aan het hem ten laste gelegde schuldig is verklaard, kan de beleediger in het geval van art. 1413*b* nog wel tot schadevergoeding veroordeeld worden, maar zou eene verklaring overeenkomstig art. 1409 ongerijmd zijn, en kan, volgens art. 1413*a*, eene daartoe strekkende vordering ook niet worden toegewezen. Het kan intusschen ook zijn, dat alleen betering van eer en geen vergoeding van schade te pas komt. Het kan zijn, dat er

geene schade veroorzaakt is; zij kan dan niet vergoed worden, maar daarom kan even goed behoefte bestaan aan, en dan ook aanspraak op eerherstelling; en wanneer de beleedigde geen geldelijke vergoeding verlangt, moet hij niet genoodzaakt zijn haar toch te vorderen, om daardoor ontvankelijk te zijn in een eisch tot betering. Zoo iets moet ook al vast niet daaruit worden afgeleid, dat volgens art. 1409*a* het daar bedoelde verklaard kan worden bij hetzelfde vonnis, waarbij de schadevergoeding wordt opgelegd. Daaruit volgt, dat er te dier zake geen afzonderlijk vonnis noodig is, door eene afzonderlijke vordering uitgelokt. Men mag zelfs aannemen, dat er ter zake van dezelfde beleediging slechts ééne vordering ontvankelijk is. Al spreekt art. 1411 van de regtsvorderingen in de drie voorgaande artt. vermeld, en art. 1414 van alle regtsvorderingen, waaromtrent bij de voorgaande zes artt. is gehandeld, daarom valt niet aan meer dan ééne vordering te denken. In art. 1412, 1413, 1416 wordt in het enkelvoud gesproken van de burgerlijke regtsvordering, even als in art. 1408, waar hare tweeërlei strekking wordt opgegeven, zonder te bepalen, dat zij noodwendig het een en het ander omvatten moet, en zich niet tot één van beide mag bepalen. Dit zou kwalijk strooken met het slot van art. 1414, waar sprake is van het voornemen om schadevergoeding of betering van eer te vorderen, maar bepaald in strijd zijn met art. 40 W. R. O., 'twelk spreekt van gevallen waarin nevens, maar ook van die waarin *in de plaats van* — en dus zonder — eenige geldsom een verdere eisch tot betering, zooals de wet zegt, gedaan is.

De verbindtenis uit beleediging ontstaan wordt niet opgeheven door den dood van eene der partijen, maar gaat gelijk andere op de erfgenamen over. Art. 1415 zegt uitdrukkelijk, dat de regtsvordering tot schadevergoeding, bij art. 1408 vermeld, niet verloren gaat, noch door den dood van den beleediger, noch door dien van den beleedigde. In het ontwerp was alleen gesproken van den dood van den beleediger; maar men wenschte uitdrukkelijk bepaald te zien, dat door den dood van den beleedigde het regt niet verloren gaat voor zijne erfgenamen, en daarop is gesproken van den dood van den een zoowel als

van den ander (1). Nu kan wel na het overlijden van den beleedigde geene vordering worden ingesteld door hen, aan wie in art. 1411 een regt van vordering wordt toegekend wegens eene beleediging tegen een overledene gerigt, maar wel door de erfgenamen van den beleedigde, die in het algemeen, en zoo ook hier, in zijne regten opvolgen. En er was wel aangemerkt, dat de poenale actiën volgens de gewone regtsbeginselen — men bedoelde zeker het Romeinsche regt (2) — niet overgaan tegen de erfgenamen, dan wanneer zij bij het leven zijn ingesteld, en het art. van een tegenovergesteld beginsel uitging; maar de Regering antwoordde daarop met regt, dat hier geen sprake is van eene poenale actie, maar van eene bloote burgerlijke regtsvordering tot schadevergoeding, welke evenzeer ter zake van beleediging als van diefstal aan en tegen den erfgenaam toekomt (3).

Maar er is naar aanleiding van art. 1415 iets anders op te merken. Het spreekt bepaaldelijk van de regtsvordering tot schadevergoeding; geldt hetzelfde nu ook ten aanzien der betering van het nadeel in eer en goeden naam geleden, of moet het alleen worden aangenomen voor de vergoeding der schade? De inhoud der bepaling geeft zeker aanleiding om het laatste te denken, en men kan meenen hiervoor eene gewigtige bevestiging te vinden in art. 1328 W. N. v. H., waar bepaaldelijk van „de actie tot betering der injurie" wordt gezegd, dat zij eindigt door den dood van den beleediger. Maar het laatste beteekent weinig, wanneer men opmerkt, dat het W. N. v. H. alleen omtrent de betering der injurie nadere bepalingen behelst en niet omtrent de schadevergoeding, en art. 1328 de actie ter zake der eerste ook laat eindigen door kwijtschelding, terwijl toch zeker de bedoeling niet is geweest, dat deze de vordering tot schadevergoeding niet in den weg zou staan. En dat daar bij den dood van den beleediger het regt van vordering eindigt, belette onzen wetgever niet het tegendeel vast te stellen; het

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 98 en v.

(2) Zie l. 18 pr. D. de injuriis et fam. lib. (47, 10).

(3) Zie VOORDUIN, t. a. p.

geldt hier een punt, waarvoor de aard der zaak geene bepaalde beslissing vordert, maar 'twelk door den wetgever in dezen of in genen zin beslist kan worden, zoo als hem goed dunkt. En wat den inhoud van ons art. 1415 betreft, merk ik in de eerste plaats op, dat de wet niet zegt, dat de regtsvordering, bij art. 1408 vermeld, wat de schadevergoeding betreft niet verloren gaat. Deed zij dat, dan zou men daarin eene aanwijzing kunnen zien van eene beperkte strekking, zoodat de bepaling alleen geldt voor het een, en niet ook voor het ander; maar zoo spreekt de wet niet. Zij zegt — en dit meen ik in de tweede plaats te moeten opmerken — zij zegt ook niet, dat de regtsvordering tot schadevergoeding niet verloren gaat enz.; zij zegt dit van „de regtsvordering tot schadevergoeding bij art. 1408 vermeld"; en al handelt het tweede lid over de waardering der te vergoeden schade, art. 1408 spreekt niet van de — of van eene — regtsvordering tot schadevergoeding, maar van de burgerlijke regtsvordering ter zake van beleediging, die wel strekt tot vergoeding der schade, maar evenzeer tot betering van eer, en die ééne vordering is, en niet om hare tweeërlei strekking in twee vorderingen verdeeld of gescheiden mag worden. De „regtsvordering tot schadevergoeding bij art. 1408 vermeld" is de vordering, die volgens dit art. de tweeërlei strekking heeft; en wat van haar gezegd is moet dus van deze, en, om hare eenheid, ten aanzien der eene zoowel als der andere strekking gelden. Zijn naar deze voorstelling in art. 1415 de woorden „tot schadevergoeding" overbodig en als niet geschreven, anders zijn de woorden „bij art. 1408 vermeld" niet alleen evenzeer overbodig en als niet geschreven, maar tevens onjuist. — Doch er is nog iets anders op te merken. Vraagt men, waarom bepaaldelijk van de vordering tot schadevergoeding is gesproken, wanneer hetzelfde ook zou gelden ten aanzien der betering van eer, dan weet ik daarvoor geene reden op te geven; maar dan kom ik met eene andere vraag: waarom men, zoo men wilde, dat de vordering tot betering van eer met den dood van eene der partijen zou vervallen, dit dan niet heeft gezegd, terwijl het dan toch in het W. N. v. H., althans ten aanzien van den dood van den beleediger, uitdrukkelijk gezegd was. En ik voeg er deze vraag nog bij, op welken grond men

nu zal aannemen, dat de dood de vordering tot betering doet vervallen. Kon ik dat bij wijze van tegenstelling uit art. 1415 afleiden, wanneer de redactie anders was, zoo als ik zoo even opmerkte, de bestaande redactie geeft mij tot zoodanige redenering geen vrijheid. En nu gaan in den regel verbindtenissen en vorderingen door den dood van eene der partijen niet verloren; hoe zal ik dan nu voor deze het tegendeel kunnen aannemen, zonder bepaalden grond in de wet? — Ten slotte nog dit. Er is indertijd gezegd, dat de beleediger na zijn dood zich niet kan beroepen op het gemis van bedoeling om te beleedigen; natuurlijk, maar voor de toewijzing van den eisch is die bedoeling evenzeer een vereischte na zijn dood als bij zijn leven, en zij is dat gelijkelijk ten aanzien der eene en der andere strekking van den eisch. En als de beleediger overleden is, kan hij geen verklaring meer aanbieden en afleggen overeenkomstig art. 1410, terwijl die der erfgenamen daarvoor kwalijk in de plaats kan komen; maar de verklaring van den regter, dat de gepleegde daad is lasterlijk of beleedigend, en de aanplakking van het vonnis, overeenkomstig art. 1409, zijn volkomen mogelijk gebleven, en de behoefte daaraan en de beteekenis daarvan is eveneens dezelfde.

Volgens art. 1414 vervallen alle regtsvorderingen, waarover in art. 1408—1413 gehandeld is, alle regtsvorderingen ter zake van beleediging dus, hetzij ze vergoeding van schade en betering van eer of eene van beiden zouden betreffen, door kwijtschelding, uitdrukkelijk verleend of stilzwijgend aan den dag gelegd door blijken van verzoening of vergiffenis, die met het voornemen om schadevergoeding of iets anders te vorderen niet overeengebragt kunnen worden, en door den beleedigde gegeven zijn, nadat hem de beleediging bekend was.

Eindelijk bepaalt art. 1416*a*, dat de burgerlijke vordering ter zake van beleediging vervalt door verloop van een jaar, te rekenen van den dag waarop de daad gepleegd en aan den aanlegger bekend was. De wet spreekt hier van vervallen, niet van verjaren, en doet ons dus denken aan een termijn, die gelijkelijk geldt tegenover allen, hetzij meerder- of minderjarigen, en waarbij schorsing zoo min als stuiting te pas kan komen.

Zij laat dien termijn aanvangen, niet vóór — maar ook te gelijk met — de bekendwording van het feit aan den aanlegger; en zij spreekt van dezen, van hem die als eischer optreedt, en niet van den beleedigde, om de bepaling te laten gelden, niet alleen voor dezen, maar ook voor zijne erfgenamen en voor hen die uit kracht van art. 1411 eene vordering instellen (1). Zij spreekt van de bekendheid van den aanlegger met het feit, zonder onderscheid te maken of hem dan ook terstond de dader bekend is of niet. En hoezeer men ook genegen kan zijn om te meenen, dat dit eveneens het geval behoorde te zijn, voor dat de termijn een aanvang neemt, omdat de bekendheid met het feit de gelegenheid tot het instellen eener vordering niet opent, zoolang men niet weet tegen wien deze ingesteld zou moeten worden, nu de wet den loop van den termijn daarvan niet heeft laten afhangen, levert zij ook geen grond op, om die later te doen aanvangen dan hare bepaling medebrengt (2).

§ 30.

Verantwoordelijkheid van logementhouders voor de goederen der reizigers.

Daarvan is geen sprake in den titel van verbindtenissen die uit kracht der wet geboren worden, maar wel op eene andere plaats in ons B. W., die intusschen bezwaarlijk geacht kan worden daarvoor meer gepast te zijn. De wet spreekt er van in art. 1746—1748, in den titel van bewaargeving, en zoo maar midden in de tweede afdeeling, van eigenlijk gezegde bewaargeving (3).

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 100 en v.

(2) Verg. 's Gravenhage 12 Junij 1860, *W.* 2177, maar ook den twijfel daartegen geopperd door Mr. EYSSELL, t. z. p.

(3) In den C. N. komen art. 1952—1954 voor aan het slot van het tweede hoofdstuk, en van de 5e afdeeling daarvan, die van bewaargeving uit noodzaak. — In de Pandecten wordt het onderwerp, ver verwijderd van den titel: depositi vel contra (XVI, 3), behandeld in een afzonderlijken titel: Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant (IV, 9).

Art. 1746 zegt, dat herbergiers en logementhouders als bewaarnemers verantwoordelijk zijn voor de goederen, welke de reizigers, die bij hen hun intrek nemen, medebrengen. Als bewaarnemers! Dit beteekent niet, dat zij, ofschoon geene bewaarnemers zijnde, toch verantwoordelijk zijn alsof zij het waren; hunne verantwoordelijkheid behoefde niet gegrond te worden op eene hoedanigheid, die zij niet bezitten. Het wil ook niet zeggen: zoo als bewaarnemers dat zijn; want hunne verantwoordelijkheid wordt bepaaldelijk te hunnen aanzien in art. 1747 en v. nader geregeld. Het drukt eenvoudig de reden hunner verantwoordelijkheid uit, die daarvan een gevolg is, dat zij bewaarnemers zijn; en het verklaart daarmede tevens, waarom de wetgever daarover op die plaats gehandeld heeft. Hij beschouwt werkelijk hetgeen er geschiedt als eene bewaargeving, en hij geeft dit ook ondubbelzinnig te kennen, door op het voorafgaande te laten volgen, dat de bewaargeving van zoodanige soort van goederen, d. i. zoodanige bewaargeving — want van een zekere soort van goederen is hier geen sprake, en de wet vordert kennelijk voor dat gedeelte der bepaling niets anders dan wat in het voorafgaande op den voorgrond was gesteld — als eene bewaargeving uit noodzaak wordt aangemerkt.

Maar bewaargeving veronderstelt een bewaargever, die eenig bepaald goed aan een ander, den bewaarnemer, ter hand stelt, opdat deze, die het daartoe van hem overneemt, het voor hem onder zich houden en bewaren zal; verg. art. 1731. En nu kan er ook wel zoodanige werkelijke bewaargeving tusschen een reiziger en een logementhouder tot stand komen, maar zoo iets vordert art. 1746 niet; het veronderstelt enkel, dat de reiziger, die bij dezen zijn intrek neemt, goederen heeft medegebragt, en in dit feit op zich zelf is geen bewaargeving gelegen. De wet kan daaraan wel gevolgen verbinden, daaruit wel eene verbindtenis doen ontstaan, zelfs eene verbindtenis zooals uit bewaargeving geboren wordt, maar daarmede wordt het geen bewaargeving. En als hij verder zegt, dat zoodanige bewaargeving als eene bewaargeving uit noodzaak wordt aangemerkt, die in art. 1740 gezegd wordt eene zoodanige te zijn, welke men door eenig toeval gedwongen wordt te doen, zoo als door

brand enz., dan laat zich daaruit zien, hoe men, eenmaal van bewaargeving sprekende, waar niets in bewaring gegeven en niets in bewaring genomen is, ook verder gaan kan, en aannemen, dat hetgeen niet geschied is, ten gevolge van eenig toeval is geschied; maar daardoor wordt nog altoos geen bewaargeving, wat het wezenlijk karakter hiervan mist. Nu kan men verschillend denken over de vraag, of bepalingen, zoo bezwarend voor de logementhouders als die van art. 1746—1748, billijk genoemd en in onzen tijd voor de veiligheid der reizigers noodig geacht kunnen worden; maar zij behooren zeker niet in stand te worden gehouden als natuurlijke uitvloeisels van eene overeenkomst, die zoo iets van zelf medebrengt, doch waarvan geen spoor is te vinden. Hunne verantwoordelijkheid voor goederen, die eenvoudig door den reiziger zijn medegebragt, zonder meer, spruit uit geene overeenkomst voort (1). Zij ontstaat uit het feit dier medebren-

(1) Ik stem OPZOOMER, B, X, bl. 58 en v., gereedelijk toe, dat, wanneer een reiziger van een logementhouder logies vraagt en bekomt, er tusschen hen eene overeenkomst wordt gesloten, maar ik kan niet instemmen met hetgeen hij van het karakter daarvan zegt, dat namelijk de laatste door ieder als verhuurder, de eerste als huurder van goederen en van diensten, beschouwd zal worden; ik zou liever willen denken aan een eigen onder geen bepaalden naam bekend contract. Ik weet natuurlijk, dat bij ons, even als bij de Romeinen, van huur en verhuur van goederen en van diensten gesproken wordt, maar meen dat we daarbij te doen hebben met contracten van zoo verschillenden aard, dat ze kwalijk als ééne overeenkomst zamengevat kunnen worden. Logies sluit een kamer en bediening in, maar als ik logies bekomen heb, dan heb ik daarom nog geen dubbel, noch ook een tweeledig contract gesloten met den logementhouder. Doch bovendien, wat zou het mij in dezen baten? De verhuurder van een huis of kamer is als zoodanig niet verantwoordelijk voor de goederen, die de huurder daarin heeft gebragt. De verhuurder van diensten is als zoodanig evenmin verantwoordelijk voor de goederen, die de huurder dier diensten bezit, maar die aan die diensten misschien geheel vreemd zijn; niemand acht immers onze dienstboden, die ons hunne diensten verhuurd hebben, daarom verantwoordelijk voor hetgeen zich bevindt in het huis, waarin zij ons moeten dienen. En wanneer O. zegt, bl. 59, n. 1. „De herbergier is — verhuurder van goed en van diensten. Maar in die gehuurde diensten is

ging, uit kracht der wet, die, ten einde aan de reizigers meer waarborg voor de veiligheid hunner goederen te verschaffen, daaraan dat gevolg verbonden heeft; even als de verpligting tot teruggave geboren wordt uit het feit der betaling van wat niet verschuldigd was, of die tot schadevergoeding uit de onregtmatige daad waardoor de schade veroorzaakt is. Daarom meende ik haar, in verband met datgene waarbij het behoort, te dezer plaatse te moeten behandelen (1). En het komt mij voor, dat het voor eene juiste beoordeeling van die verantwoordelijkheid en hare redelijkheid wenschelijk is, dat zij geheel los wordt gemaakt van alle gedachte aan bewaargeving, die hier naar mijn oordeel geheel vreemd is (2).

De wet spreekt dan vooreerst van herbergiers en logementhouders. Wij behoeven bij die verschillende namen juist niet aan verschillende lieden te denken; evenmin bij ons, waar ze door het voegwoord *en* verbonden zijn, als in art. 1952 C. N.,

---

de *custodia* opgesloten, daarom *ex locato tenetur*, maar ook *custodiae nomine*", dan spreekt hij hierin eene stelling uit, doch zonder daarvoor gronden aan te voeren, hetzij aan de wet, hetzij aan den aard der zaak ontleend. Ik merk hierbij nog op, dat Gajus in l. 5 pr. D. nautae, caupones etc. (IV, 9) wel van den nauta, den caupo en den stabularius gelijkelijk zegt, dat zij custodiae nomine, maar alleen van den fullo et sarcinator, dat zij custodiae nomine *ex locato* tenentur.

(1) Ik spreek in het algemeen zoo min van een quasi-contract als van een quasi-delict; anders zou zoodanige benaming, bij voorkeur de eerstgenoemde, hier niet minder passen dan voor datgene, waaraan die naam pleegt gegeven te worden.

(2) Evenwel pleegt men niet alleen hier steeds van bewaargeving te spreken en den logementhouder als een bewaarnemer voor te stellen, maar ook uit die betrekking gevolgtrekkingen af te leiden, omtrent de regten en verpligtingen der partijen. Dit is b.v. ook het geval bij PONT, *Des petits contrats*, I, (MARCADÉ, VIII), n. 520 en v., en bij LAURENT, XXVII, n. 136 en volg., die aan het slot van n. 136 den logementhouder, ofschoon deze niet bijzonder voor de bewaring van het goed bezoldigd wordt, evenwel, om hetgeen hij aan den reiziger verdient, als een dépositaire salarié beschouwt, en de bepaling van art. 1928 C. N., ons art. 1744 2°, toepasselijk acht.

'twelk spreekt van aubergistes ou hôteliers (1). Wij hebben veelmeer onder beiden dezelfden, gelijk ook onder herbergen en logementen gelijke inrigtingen te verstaan, naar gelegenheid van plaats of stand, of door welke oorzaak ook, verschillend aangeduid (2). Wij kunnen, eene nadere bepaling ten deele aan art. 1746 zelf ontleenende, beiden voorstellen als dezulken, bij wie reizigers hun intrek nemen, met bijvoeging van het doel, om bij hen huisvesting en bediening te vinden, en wat ze voor hun levensonderhoud of genot behoeven of verlangen. Koffijhuishouders, tappers, tafelhouders, badhouders enz., bij wie men niet als reiziger zijn intrek neemt, maar voor een meer beperkt doel inkeert, vallen niet onder de bepaling van art. 1746 (3).

(1) De officiële vertaling had voor *ou* ook: *of*, en de Fransche tekst van art. 1754 Wetb. v. 1830 voor *en* ook: *et*.

(2) In art. 1747 wordt dan ook alleen van bedienden der herberg gesproken, niet ook van het logement. Zoo is ook in art. 1185, 6° en 1193, in art. 1940, 2°, 2005, alleen sprake van herberg en herbergiers. Verg. VAN ASSEN, in *Themis*, XII, bl. 139; OPZOOMER, B, X, bl. 62 en v.

(3) Intusschen bestaat omtrent de ruimere of engere opvatting nog al verschil van meening; verg. o. a. OPZOOMER, B, X, bl. 68 en v.; TROPLONG, *Du dépot*, n. 228 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 406, bl. 49; PONT, n. 526 en v.; LAURENT, XXVII, n. 147 en v. — Opmerkelijk is wat deze zegt, in n. 147; le principe doit donc être formulé comme suit: tous ceux qui reçoivent des personnes ayant avec eux des effets qui doivent être gardés sont des dépositaires nécessaires dans le sens des articles 1952 et 1953; ils répondent du vol ou du dommage des effets, comme dépositaires nécessaires, pour mieux dire, comme dépositaires intéressés à garantir une pleine sécurité à ces personnes qui demeurent chez eux. Si la loi ne parle que des aubergistes et hôteliers, c'est que la disposition est traditionnelle et que les termes sont traditionnels; seulement ces termes doivent être étendus à des personnes qui ne sont pas, à proprement parler des aubergistes, mais dont la situation est identique, puisqu'ils sont aussi des dépositaires nécessaires et intéressés. Zoo wordt dus de vraag, niet, wie herbergiers of logementhouders zijn, en als zoodanig vallen onder de harde bepalingen, die de wet, nog altijd de traditie volgende, omtrent dezen inhoudt; maar, wie nog meer gelijk zij als bewaarnemers uit noodzaak beschouwd, en, ofschoon geen herbergiers of logementhouders zijnde, toch met hen onder die bepalingen begrepen kunnen worden!

Tegenover die logementhouders stelt de wet de reizigers, die bij hen hun intrek nemen. Onder dezen verstaat men over het algemeen dezulken, die op reis zijn, zich buiten de stad of plaats hunner inwoning bevinden. Het komt mij echter voor, dat wij ons hier niet aan eene zoo bepaalde opvatting moeten houden, maar de bepaling ook moeten laten gelden voor hen, die in de plaats of stad hunner inwoning zelve, om de eene of andere reden, b.v. ter wille eener herstelling of vertimmering hunner eigen woning, in een logement, op gelijken voet als reizigers dat doen, hun intrek nemen. En ik meen daarmede onze bepaling niet uit te breiden, wat ik niet geoorloofd, en ook om haar karakter en mijn oordeel over hare gepastheid niet wenschelijk zou achten, maar enkel den zin uit te drukken, waarin ik meen dat de wet hier van reizigers spreekt. Gelijke opvatting komt naar mijn oordeel ook te pas met betrekking tot het voorregt, dat art. 1185 6° den herbergier toekent voor hetgeen hij als zoodanig aan een reiziger heeft geleverd (1). Even als daar, kan ook hier de plaats, waar de gast woont, redelijkerwijze niets ter zake doen, kan deze den logementhouder volkomen onbekend, en mag zij hem ook volkomen onverschillig zijn; het komt er maar op aan, in welke betrekking de gast staat tot den logementhouder, bij wien hij even als een reiziger zijn intrek neemt (2).

In een logement zijn intrek nemen kan men voor korteren of langeren tijd, ook om daar gedurende een geruimen tijd zijn verblijf te houden; art. 1746 blijft daarom even goed gelden (3). Er laat zich te dien aanzien geen grens bepalen, en dat men onder zulke omstandigheden geen reiziger pleegt genoemd te worden, doet niet ter zake. En wanneer men het doet, om eenigen tijd te blijven, dan voor eenigen tijd heen te gaan, maar om daarna terug te komen, en zoo bij afwisseling al en

---

(1) Verg. hierboven, VII, bl. 639 en v.

(2) Verg. echter OPZOOMER, B, X, bl. 65 en n. 2; PONT, n. 533; LAURENT, XXVII, n. 152.

(3) Verg. OPZOOMER, B, X, bl. 65 en n. 3. Anders dacht ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 221.

niet voor zich van het logement gebruik te maken, dan blijft hetzelfde eveneens gelden. Maar men moet daar zijn intrek nemen; het is niet genoeg, dat men er eenvoudig inkeert, om er iets te gebruiken zooals men dat in een koffijhuis doet, om aan de open tafel deel te nemen enz., en dat degene bij wien men dat doet een logementhouder is, doet daarbij niets ter zake. En men moet bij hem als zoodanig zijn intrek nemen, onder stilzwijgend aangenomen verpligting om te betalen voor hetgeen men er geniet; deed men het om bij hem te logeren als bloedverwant of vriend, maar niet als een reiziger, dan is art. 1746 niet van toepassing.

De wet stelt de logementhouders verantwoordelijk voor de goederen, welke de reizigers, die bij hen hun intrek nemen, medebrengen. Men zal aan dit laatste woord wel niet eene beperkende strekking moeten toekennen, alsof het noodig was, dat de reizigers zelve de goederen met zich brengen, deze althans gelijktijdig met hen aankomen (1); de bepaling moet evenzeer worden toegepast op goederen die vooruit of nagezonden zijn; het komt er maar op aan, dat ze ten behoeve der reizigers en in verband met hun verblijf zijn aangekomen. En meer dan dat wordt niet gevorderd; het is niet noodig, dat de goederen den logementhouder in bewaring gegeven, of ook maar vertoond en aan zijne zorg aanbevolen zijn, of dat hij weet, welke, of ook maar dat er goederen van den reiziger zijn aangekomen.

De wet spreekt voorts zoo algemeen mogelijk van goederen. En het is niet alleen niet noodig, dat ze het eigendom zijn van den reiziger (2), maar het is ook onverschillig, waarin ze bestaan, van welken omvang en van welke waarde ze zijn, of hunne kostbaarheid in het oog valt, of door de wijze, waarop ze ingepakt zijn, onbekend en onopgemerkt kan blijven (3). Voorts

---

(1) De Fransche tekst van art. 1754 Wetb. v. 1830 sprak van effets apportés, even als art. 1952 C. N., waarvoor de vertaling had: medegebragt.

(2) Verg. Noord-Holland 23 Mei 1842, *R. B.*, IV, bl. 463 en v.

(3) Verg. echter TOULLIER, XI, n. 255; zie ook TROPLONG, n. 219 en v., 224 en v.; PONT, n. 530 en v.; LAURENT, XXVII, n. 155 en v.

wordt niet gevorderd, dat de goederen door of op last van den reiziger in zijne kamer, of ook maar in het logement zijn overgebragt; ook voor die, welke daarvoor minder vatbaar zijn, of om eene andere reden buiten blijven, paarden die in de weide loopen, rijtuigen en andere voorwerpen die op een afgesloten ot niet afgesloten plaats buitenshuis zijn gebleven, met hetgeen zich in het rijtuig enz. bevindt, en waarvan de berging tot de bediening behoort, is de logementhouder aansprakelijk, omdat de wet geene onderscheiding of uitzondering maakt (1).

Die aansprakelijkheid bestaat gedurende al den tijd, voor welken de reiziger in het logement zijn intrek heeft. Men kan haar, immers zonder aankondiging van het voornemen daarvan, niet reeds erkennen ten aanzien van vooruit gezonden goederen, voordat de reiziger nog is aangekomen (2). En wanneer deze bij zijn vertrek goederen achterlaat, die voor hem bewaard en verzonden of afgehaald zullen worden, zullen de gewone regelen omtrent bewaargeving en lastgeving gelden, maar niet art. 1746 (3). Doch wanneer de reiziger voor enkele dagen afwezig is, om daarna terug te komen, wanneer iemand, die voor langeren tijd een kamer heeft in het logement, om daarvan met tusschenpoozen gebruik te maken, en tijdelijk weggaande zijne goederen alle of voor een deel achterlaat, dan blijft hij ook in dien tijd tot den logementhouder in dezelfde betrekking staan en blijft ook dan art. 1746 toepasselijk.

De verantwoordelijkheid der logementhouders, in art. 1746 in het algemeen uitgesproken ten aanzien der goederen die de reizigers met zich brengen, maar niet ook tot hunne personen uitgestrekt, wordt nader bepaald in art. 1747 en 1748, en in het eerste gelijkelijk toepasselijk gemaakt op diefstal en op beschadiging van die goederen. Daarbij wordt natuurlijk telkens

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, X, bl. 67 en v.; DURANTON, XVIII, n. 83; TROPLONG, n. 227. Zie ooh PONT, n. 532; LAURENT, XXVII, n. 160 en v.

(2) Verg. BOURBEAU, *Théorie de la proced. civ.* VII (*De la justice de paix*), n. 110, bl. 208.

(3) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 406, bl. 49, n. 3. Zie echter ook OPZOOMER, B, X, bl. 67 en n. 3.

verondersteld, dat de diefstal of beschadiging heeft plaats gehad in het logement, of op het terrein waarvan de logementhouder gebruik maakt (1).

Zij zijn dan volgens art. 1747 verantwoordelijk, „hetzij de diefstal begaan, of de schade veroorzaakt zij door de dienstboden of andere bedienden der herberg, hetzij door ieder ander persoon". Art. 1953 C. N. spreekt van les domestiques et préposés de l'hôtellerie; de laatste waren in de vertaling genoemd: oppassers der herberg; onze wetgever, die zich in den Franschen tekst van art. 1955 Wetb. van 1830 aan den C. N. hield, sprak in den anderen, daar en ook reeds in het ontwerp, van andere bedienden. Onder dezen kunnen wij gevoegelijk boekhouders, portiers, commissionnairs enz. verstaan; onder hen en de dienstboden, allen die in het logement in dienst zijn; en daar de wet ze volkomen op ééne lijn stelt, behoeven wij niet in een gegeven geval verlegen te staan bij de vraag, of wij met een dienstbode of met een anderen bediende te doen hebben. Art. 1953 C. N. spreekt verder van des étrangers allant et venant dans l'hotellerie, en de vertaling had daarvoor: gaande en komende vreemdelingen. Bij ons begreep de Regering, dat de herbergier ook verantwoordelijk is voor alle personen, die bij hem in en uitgaan, onverschillig of zij vreemdelingen zijn of niet, en of zij al of niet bij hem gelogeerd zijn, behalve in het geval van het volgende art., en heeft men daarom het slot veranderd (2). En al had men onder de étrangers van art. 1953 C. N. misschien juist geene vreemdelingen te verstaan, maar eenvoudig lieden, die tot het logement in geene dadelijke betrekking staan, de volstrekt algemeene uitdrukking van onze bepaling geeft op zich zelve geen aanleiding tot eenige onderscheiding, en heeft voor ons het verschil van meening opgeheven, dat over de beteekenis der daardoor vervangen woorden van den C. N. bestond (3). En al blijft de dader onbekend, toch blijft de

(1) Verg. PONT, n. 538; LAURENT, XXVII, n. 143.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 361.

(3) Zie o. a. MALEVILLE, IV, bl. 74 en v.; PONT, I, n. 537; LAURENT, XXVII, n. 141.

aansprakelijkheid van den logementhouder er dezelfde om (1).

Intusschen maakt de wet zelve toch in art. 1748 eene uitzondering voor het geval, dat de diefstal begaan — en wij mogen er zeker wel bijvoegen: of de schade veroorzaakt (2) — is door personen, die de reiziger zelf bij zich toegelaten heeft. En deze uitzondering, in art. 1954 C. N. niet gemaakt, die volgens ASSER daarop gegrond is, dat de schade, welke hij in dat geval lijdt, alleen aan hem zelven kan worden toegerekend, als voortspruitende uit het vertrouwen, dat hij aan hen geschonken heeft (3), laat zich ook daarmede regtvaardigen, dat de logementhouder bezwaarlijk aan de zoodanigen den toegang weigeren of hunne bewegingen bespieden kan (4).

Art. 1748 behelst nog eene andere beperking, en ontkent ook de verantwoordelijkheid voor „gewelddadige diefstallen." Art. 1954 C. N. spreekt van vols faits avec force armée ou autre force majeure, waarvoor de vertaling had: „diefstallen, gewapenderhand of anderzints gewelddadiglijk gepleegd." Onze wetgever heeft de uitdrukking vereenvoudigd, misschien omdat „gewapenderhand" van zelf onder „gewelddadig" begrepen is. Nu komt het mij voor, dat volgens de wet de logementhouder niet behoeft in te staan voor diefstal door anderen met geweld gepleegd, en dat hieronder ook diefstal met braak begrepen moet worden (5).

---

(1) Het komt niet te pas, hierbij te spreken van aansprakelijkheid van den logementhouder voor de in art. 1747 bedoelde personen, op de wijze waarop men voor de daden van anderen aansprakelijk zijn kan volgens art. 1403, zie P. L. MOENS, *Verantwoordelijkheid voor schade door anderen veroorzaakt*, Zwolle (Utrecht) 1886, bl. 82 en v.; wij hebben hier enkel te denken aan aansprakelijkheid voor de veiligheid der goederen.

(2) Verg. OPZOOMER, B, X, bl. 72, n. 2.

(3) Zie ASSER, § 824.

(4) Terwijl TROPLONG, n. 237, het niet regtvaardig acht, wanneer een reiziger zijn bediende medenam en door dezen bestolen werd, den logementhouder daarvoor aansprakelijk te stellen, komt dit nu naar onze wet ook volstrekt niet te pas.

(5) TROPLONG, n. 235, wil niet assimiler à la force armée l'effraction. Ik ook niet, maar dat sluit niet in, dat zij ook niet valt onder force majeure. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 406, bl. 49, n. 8,

Maar ik merk daarbij op, dat ik niet ook inklimming daarmede gelijk stel of vroeger gelijk heb gesteld (1); dat naar mijn oordeel de logementhouder aansprakelijk is voor diefstal, door middel van valsche sleutels, of van inklimming, zij het ook bij nacht, gepleegd, omdat wij daarbij met geen gewelddadigen diefstal te doen hebben; maar dat de diefstal met braak wel een gewelddadige, en daarom de logementhouder daarvoor niet aansprakelijk is. En ik zie in de wet, waarnaar zijne aansprakelijkheid toch beoordeeld moet worden, geen grond om dat te beperken tot het geval, dat de diefstal gepleegd is door lieden die zich buiten het logement bevinden (2), tenzij de dief mogt behooren tot hen voor wie hij volgens art. 1403 verantwoordelijk is. Zelfs vind ik zwarigheid om eene uitzondering te maken voor het geval, dat hem eenige schuld te wijten is (3), gesteld altoos dat daarom de diefstal evenwel een gewelddadige is geweest; en is dit het geval niet, omdat misschien de bedoelde schuld geweld onnoodig maakte, dan wordt zijne volgens art. 1747 bestaande aansprakelijkheid door art. 1748 niet opgeheven.

De ontvreemding of beschadiging van eenig goed van den reiziger kan zoodanig in verband staan met — en een gevolg zijn van — schuld of nalatigheid van hem zelven, dat men bezwaarlijk den logementhouder daarvoor verantwoordelijk kan achten. Wel maakt de wet daarvoor geen uitzondering, maar men mag, dunkt mij, vragen, of dit ook wel noodig en te verwachten was. Wanneer de reiziger eenig voorwerp nederlegt en liggen laat op eene plaats, waar het volstrekt niet behoort, en die voor anderen toegankelijk is, dan heeft hij zelf tot hetgeen geschied is aanleiding gegeven; en moet hij deswege geen aanspraak kunnen hebben, en de ander niet moeten instaan voor de

---

wil in het algemeen considérer comme faits avec force majeure les vols commis de nuit avec effraction ou escalade. Verg. voorts PONT, I, n. 540; LAURENT, XXVII, n. 142.

(1) Zie OPZOOMER, B, X, bl. 73 en n. 3.

(2) Zie TROPLONG, n. 236.

(3) Zie ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 406, bl. 49.

gevolgen, en zoo dan ook het slagtoffer worden van zijne fout en zijn verzuim (1). Maar aan den anderen kant is er geen grond om den logementhouder niet verantwoordelijk te achten, wanneer en omdat de reiziger niet heeft gedaan, wat hij kon doen om het verlies of de schade af te wenden, doch ook niet verpligt was te doen, maar hij eenvoudig heeft nagelaten, wat de wet niet van hem heeft gevorderd. Heeft de reiziger, ofschoon de gelegenheid daartoe bestond, verzuimd zijne kamer af te sluiten en den sleutel weg te nemen, dan heeft dit geen invloed op de verantwoordelijkheid van den logementhouder, die van zoo iets niet afhankelijk is gesteld (2). Had hij voorwerpen van hooge waarde bij zich, zonder dit aan den logementhouder of een der zijnen te kennen te geven, dan geldt hetzelfde (3), omdat hij die voorwerpen dan toch ook heeft medegebragt, en daarvoor zoo min als voor andere iets bijzonders van hem gevorderd wordt. De reiziger kan in het eene geval evenmin als in het andere gezegd worden het gebeurde veroorzaakt of daartoe aanleiding gegeven te hebben. Men mag geene uitzonderingen, die zich niet van zelve opdringen, maken buiten de wet; en acht men deze te streng, en verzachting dier strengheid noodig, de uitlegger kan deze niet aanbrengen, dit vermag alleen de wetgever.

De wet spreekt in art. 1747 van diefstal gepleegd — en van schade veroorzaakt — door personen, niet om te beperken, veeleer om de algemeenheid zijner toepasselijkheid te kennen te geven, behoudens de beperkingen die art. 1748 medebrengt; en art. 1746 verklaart in het algemeen de logementhouders verantwoordelijk voor de door de reizigers medegebragte goederen. Is hieraan schade toegebragt door een dier, b.v. een hond, of door een paard, waarmede een paard van een reiziger in aanraking is gekomen enz., hetzij dat dier aan den logementhouder of aan

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, X, bl. 71; DURANTON, XVIII, n. 80; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 406, bl. 49, n. 10; PONT, n. 541.

(2) Ander echter DURANTON, t. a. p.

(3) Verg. TROPLONG, n. 219; zie echter ook ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 406, bl. 49. Zie voorts LAURENT, XXVII, n. 144.

een ander toebehoorde, zoo is gene ook daarvoor aansprakelijk, en art. 1746 is hiervan de grond, niet art. 1404.

De wetgever, die aldus de verantwoordelijkheid der logementhouders in bijzonderheden nader heeft bepaald, had het gevoegelijk daarbij kunnen laten, en haar niet behoeven voor te stellen als een gevolg eener bewaargeving, waarvan nu eenmaal, wanneer er niets anders gebeurt dan wat de wet veronderstelt en vordert, geen sprake zijn moest. Hij spreekt daarvan intusschen, misschien wel enkel om haar het karakter toe te kennen eener bewaargeving uit noodzaak, en zoo ook hier toepasselijk te doen zijn, wat in het algemeen aan zoodanige bewaargeving verbonden is. Maar dit doel had hij ook even goed door uitdrukkelijke bepalingen kunnen bereiken, en hij had dus daarvoor niet noodig de even onjuiste als willekeurige voorstelling nog onjuister en willekeuriger te maken. De bedoelde gevolgen zijn vooral tweeërlei, en beide maken de reeds op zich zelve voor den logementhouder zoo strenge bepalingen nog te harder.

Vooreerst is de bewijslast, die natuurlijk op den reiziger rust, wanneer hij aan de verantwoordelijkheid van den logementhouder uitvoering geven wil, voor hem niet weinig verligt door de bepaling van art. 1940 2°, volgens welke de beperkingen der toelating van het bewijs door getuigen uitzondering lijden voor bewaargevingen uit noodzaak en de zoodanige welke gedaan zijn door reizigers in de herberg waar zij hun intrek hebben genomen. Nu wordt hier wel ook deze uitdrukkelijk nevens de eerstgenoemde vermeld, maar men kan ook met grond betwijfelen, of daarbij niet aan eene werkelijke bewaargeving gedacht moet worden, door den reiziger aan den logementhouder gedaan, en of dus onze zoogenaamde bewaargeving niet toch nog onder die bepaling valt, enkel omdat deze ook voor bewaargevingen uit noodzaak geldt. In allen gevalle is, geloof ik, die ruime toelating van het getuigenbewijs alleen gegrond in de bijzondere bepaling van art. 1940 2°, en niet op den regel, zooals die in den aanhef van dat art. gesteld is voor alle gevallen, waarin het uit den aard der zaak niet mogelijk is geweest zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (1).

---

(1) Zie OPZOOMER, B, X, bl. 62.

Dit toch mag in ons geval lastig zijn en, vooral wanneer er vele reizigers tegelijk aankomen, eene hinderlijke drukte kunnen veroorzaken, waarbij intusschen de logementhouder niet alles in persoon behoeft af te doen, maar door zijne bedienden geholpen kan worden; uit den aard der zaak onmogelijk is het wel in geval eener werkelijke bewaargeving uit noodzaak overeenkomstig art. 1740, niet bij iets wat men eenvoudig heeft goedgevonden als zoodanig voor te stellen. Die onbeperkte toelating van het getuigenbewijs kan intusschen voor den logementhouder bezwarend genoeg zijn; gelukkig kan hij bij ons in art. 1945 nog eenige bescherming vinden.

Een ander gevolg van het slot van art. 1746 komt den reiziger te stade bij de tenuitvoerlegging van een tegen den logementhouder verkregen vonnis, in het middel van lijfsdwang, dat volgens art. 585 3° W. v. B. R. is toegelaten wegens bewaargeving uit noodzaak, en dus ook wegens iets, 'twelk, ofschoon het dat niet is, toch door de wet als zoodanig wordt voorgesteld.

Voor het overige is de wetgever den reiziger nog te gemoet gekomen ten aanzien van het bewijs der voldoening van het verschuldigde, door de bepaling van art. 2005, volgens welke, naar de daar gebezigde uitdrukking, de regtsvordering van herbergiers wegens het verschaffen van woning en kost verjaart door verkoop van een jaar (1). Voor den logementhouder, die ook iets te bewijzen kan hebben, met name naar aanleiding van art. 1748, is dat in geen opzigt gemakkelijk gemaakt, maar gelden eenvoudig de gewone regels, ook wat de wraakbaarheid, zijner dienstboden of bedienden betreft, naar art. 1950 3°. Hem is intusschen, voor hetgeen hij als zoodanig aan een reiziger geleverd heeft, in art. 1185 6° en 1193 een voorregt toegekend op de goederen, die door den reiziger in het logement zijn gebragt. En tegen reizigers, die geen bekende woonplaats binnen het rijk hebben, kan hij overeenkomstig art. 764 en v. W. v. B. R. beslag doen leggen; tegen vreemdelingen, die geen vast verblijf hebben binnen het koningrijk, ook lijfsdwang aanwenden volgens art. 768 W. v. B. R.

Dat door een tusschen een reiziger en een logementhouder

---

(1) Verg. hierboven, X, bl. 508 en v.

gesloten overeenkomst naar welgevallen van de bepalingen van art. 1746 en v. kan worden afgeweken, is zeker aan geen redelijken twijfel onderhevig; van openbare orde of goede zeden kan daarbij kwalijk sprake zijn, en de wet heeft nergens zoodanige overeenkomst verboden, of daaraan iets van hare kracht ontnomen. Aan den anderen kant hebben wij hier te doen met bepalingen der wet, waarvan de logementhouder zich niet eenzijdig kan losmaken, ook niet door openbare aankondigingen, in één of meer dagbladen opgenomen. Doch wanneer hij, zoo als niet zelden geschiedt, in de logeerkamers en in meer algemeen door de reizigers bezochte vertrekken en ruimten, veelal in verschillende talen, berigten of aankondigingen heeft laten aanplakken of ophangen, waarin hij te kennen geeft, dat hij voor de goederen der reizigers, hetzij in het algemeen of voor de kostbare voorwerpen, niet aansprakelijk wil zijn, voor zoo ver ze hem niet in bewaring gegeven en daartoe aan hem ter hand of in zijne magt gesteld zijn, dan zal men aan zoodanige tekennengeving op zich zelve wel geene volledige kracht kunnen toekennen, maar ook niet alle kracht moeten ontzeggen. De reiziger, die, met haren inhoud bekend, desniettemin in het logement zijn intrek neemt of zijn verblijf houdt, zonder te dier zake eenige bedenking te maken, kan met grond geacht worden daarin stilzwijgend te hebben toegestemd, en als bij overeenkomst zich daaraan onderworpen te hebben. De vraag blijft dan slechts, of hij daarmede bekend is geworden, en misschien, wanneer; en dit zal zoo noodig door den regter moeten, en met het oog op de omstandigheden veelal ook met genoegzame zekerheid kunnen worden beslist. Zoolang die bekendheid ontbreekt, wordt door het bestaan dier aankondiging niets aan de kracht onzer bepalingen ontnomen; ontstaat zij nadat de reiziger reeds eenigen tijd, misschien dagen lang, in het logement heeft vertoefd, dan kan daaraan geene terugwerkende kracht worden toegekend; maar voor den lateren tijd zal dan ook weder de stilzwijgende berusting aan die bepalingen hare kracht ontnomen (1).

(1) Verg. hierbij OPZOOMER, B, X, bl. 69 en v.; TROPLONG, n. 240 en v.; PONT, n. 542 en v.; LAURENT, XXVII, n. 145.

AFDEELING II.

VAN VERBINDTENISSEN, DIE UIT OVEREENKOMST ONTSTAAN.

§ 31.

Inleiding.

Wij hebben vroeger, naar aanleiding van den tweeden titel van het derde boek, gehandeld over overeenkomsten, haar wezen, hare vereischten en hare werking in het algemeen (1). Hier hebben wij haar in het bijzonder als bronnen van bepaalde verbindtenissen, of liever bijzondere verbindtenissen als gevolg van daartoe aangegane overeenkomsten, te behandelen. Wij vinden in het derde boek van ons B. W., tit. 5—19, eene menigte zoodanige overeenkomsten of verbindtenissen behandeld; meer zelfs dan uit het aantal titels zou worden afgeleid, omdat er titels zijn, waarin verschillende verbindtenissen zijn zamengevat, die weinig of niets met elkander gemeen hebben, wat bepaaldelijk met den 7den en den 16en titel het geval is. Zij zijn intusschen niet alle, en niet de eenige, die hare kracht ontleenen aan de wet. Deze kon niet over alle mogelijke overeenkomsten en de daaruit voortspruitende verbindtenissen bijzondere bepalingen geven; zij kon dat alleen omtrent dezulken, die, al is het ook met eenige wijziging, zoo veelvuldig voorkomen, dat ze door eene eigene benaming aangeduid en van andere onderscheiden worden. Maar terwijl zij ook zelve in art. 1374 alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten voor hen die haar hebben aangegaan verbindende verklaart, geeft zij tevens in art. 1355 te kennen, dat die, welke eene eigene benaming hebben, behalve door de algemeene regelen ook door bijzondere, en die, welke onder geene bijzondere benaming bekend zijn, alleen door de eerste beheerscht worden; maar daar zoo min als elders wijst zij op eenig verschil ten aanzien van hare verbindende kracht. De

(3) Zie hierboven, X, bl. 354 en v.

wetgever heeft dus niet alle mogelijke overeenkomsten of daaruit ontstaande verbindtenissen in het bijzonder geregeld, wat bij hare onbegrensde verscheidenheid ook niet doenlijk was, maar hij heeft toch voor alle regelen gegeven, waarnaar men ze beoordeelen en behandelen kan. En wie naar onze wet ons regt behandelt, kan niet anders dan zijn voorbeeld volgen, en kan daarmede ook volstaan.

Wij hebben vroeger opgemerkt, dat onze wetgever bij de behandeling der overeenkomsten niet, zooals art. 1104 C. N., eene tegenstelling heeft gemaakt van kans- en andere overeenkomsten (1). Hij heeft intusschen wel, in navolging van den C. N., eenen titel opgenomen onder het opschrift: van kansovereenkomsten (B. III, tit. 16), in welks tweede en derde afdeeling van lijfrenten en van spel en weddingschap gehandeld wordt, terwijl de eerste eene bepaling van eene kansovereenkomst geeft, en eenige opnoemt, die „van dien aard zijn." Die eerste afdeeling kwam in het Wetb. van 1830 niet voor. De Regering achtte, volgens haar antwoord op eene deswege gedane vraag, het geven eener bepaling overbodig, „omdat de wet ten deze slechts van twee kanskontrakten handelt, terwijl van verzekeringen en bodemerijen in het W. v. K. zou worden gesproken" (2). De aangevoerde reden was zeker van zeer gering gewigt. De Regering is later dan ook van meening veranderd, en heeft bij de herziening den titel met „eene eerste afdeeling, bevattende eene algemeene bepaling, vermeerderd; in de eerste plaats, om te doen zien wat door kanskontrakten wordt verstaan, en ten andere, om de voornaamste dier kanskontrakten aan te duiden, en, voor zoo veel het verzekeringskontrakt en de bodemerijen betreft, naar het W. v. K. te verwijzen" (3). Doch was dat noodig? Die verwijzing zeker niet, maar de bepaling evenmin. Wanneer er geen onderscheid bestaat tusschen kans- en andere overeenkomsten, met betrekking tot haar wezen, de voorwaarden van haar

(1) Zie hierboven, X, bl. 371 en v.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 392 en v., NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 587 en v.

(3) Zie VOORDUIN, V, bl. 393.

deugdelijk bestaan of hare werking, behoeft de wet ons ook niet te kennen te geven, en kan het ons tamelijk onverschillig wezen, wat kansovereenkomsten zijn, en welke overeenkomsten daartoe behooren. En wat art. 1355 zegt van alle, en art. 1374 van alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten, ziet zoowel op kansovereenkomsten als op andere, en de daaraan gewijde titel behelst voor de eerste geene afwijkende bepalingen. Wel wordt daar aan spel en weddingschap in het algemeen verbindende kracht ontzegd, doch niet omdat ze tot de kansovereenkomsten behooren, maar omdat ze spel en weddingschap zijn. En de wetgever, die in de tweede afdeeling van den titel van de overeenkomst van lijfrenten en hare gevolgen handelt, erkent dus wel degelijk hare verbindende kracht, terwijl dit niet minder geldt van de in art. 1811 genoemde en elders behandelde overeenkomsten van verzekering en van bodemerij.

De wet zegt nu in art. 1811: „Eene kansovereenkomst is eene handeling, waarvan de uitkomsten, met betrekking tot voordeel en nadeel, hetzij voor alle de partijen, hetzij voor eenige derzelve, van eene onzekere gebeurtenis afhangen. Van dien aard zijn de overeenkomst van verzekering, bodemerij, lijfrenten, spel en weddingschap. De beide eerste worden bij het W. v. K. geregeld." De genoemde worden dus niet als de eenige voorgesteld, en dat zij hier met name genoemd worden, is eenvoudig daarvan een gevolg, dat de wetgever juist daarover nadere bepalingen behelst, zooals wij iets dergelijks in art. 1417 en elders kunnen opmerken. Voor de twee eerstgenoemden wordt naar het W. v. K. verwezen, waar over verzekering gehandeld wordt in tit. 9 en 10 van het eerste en in tit. 9 en 10 van het tweede, van bodemerij in tit. 8 van het tweede boek. Over de twee andere wordt in het B. W. gehandeld, in éénen titel, dien van kansovereenkomsten, waarvan de plaats zich gereedelijk laat verklaren uit de betrekking welke er bestaat tusschen de lijfrenten, die hier in de eerste plaats, en de gevestigde of altijddurende renten, die in den voorgaanden titel behandeld worden.

De hoofdzaak van art. 1811 is de bepaling van eene kansovereenkomst. Maar als het waar is, wat ik zoo even opmerkte, dat de wet ten aanzien van haar wezen, vereischten en werking

geen onderscheid maakt tusschen deze en andere overeenkomsten, dan is die bepaling voor ons onverschillig. En is zij dat, dan kunnen wij haar ook gevoegelijk voor kennisgeving aannemen, zonder noodig te hebben, haar met andere, met name met die van art. 1104 en 1964 C. N. te vergelijken, en hare meerdere of mindere waarde na te gaan. Terwijl ik nu daarom op mijn standpunt en met het oog op de strekking van mijn werk volkomen vrijheid vind, om mij van eene verdere bespreking van kansovereenkomsten in het algemeen te onthouden (1), maak ik niet alleen van die vrijheid gaarne gebruik, maar meen ik ook daar wèl aan te doen. De bewijzen ontbreken niet, dat wel eens op de kansovereenkomsten wordt overgebragt, wat de wet zegt van spel en weddingschap, en dat de gewone verbindende kracht ontzegd wordt aan eene overeenkomst, die het karakter eener kansovereenkomst draagt. Dit nu zal van zelf ophouden, wanneer wij ons gewennen van geene kansovereenkomsten meer te spreken, maar van verzekering, spel en weddingschap enz., even als van koop en verkoop, ruiling enz., zonder bij de eerste meer op te merken dat ze kansovereenkomsten zijn, dan bij de laatste dat zij het niet zijn.

Daar komen in het derde boek van ons B. W. twee titels voor, waarin geene overeenkomst of daaruit voortspruitende verbindtenis behandeld wordt, en die dus daar ook niet op hunne plaats zijn; het zijn de achtste, van het regt van beklemming, en de tiende, van zedelijke ligchamen, of de onder die benaming aangeduide vereenigingen; onderwerpen, door ons vroeger behandeld, het eerste in verband met andere zakelijke regten op eens

(1) Opzoomer, b, X, bl. 260 en v., beschouwt ook de bepaling van art. 1811 als geheel overbodig, maar zegt toch, op bl. 263: „De uitlegger der wet is verplicht zich met haar bezig te houden, al is hij overtuigd, dat zij volkomen nutteloos is, voor de wetenschap evenmin als voor de practijk van eenige waarde." Dit acht ik volkomen juist in een werk, waarin „het B. W. verklaard" wordt. Maar daarom geldt niet hetzelfde van het mijne, waarin het burgerlijk regt wordt behandeld; dat wel onophoudelijk met het B. W. te doen heeft, maar daarom zich niet ook behoeft bezig te houden met zulke bepalingen, die niets bijdragen tot bepaling van dat regt.

anders zaak (1), het ander daar waar over personen gehandeld wordt (2). Aan den anderen kant heeft onze wetgever de huwelijksvoorwaarden in den achtsten titel van het eerste boek behandeld, in verband met het huwelijk, de regten der echtgenooten volgens de wet en de wettelijke gemeenschap van goederen, terwijl de C. N. daarvan handelt in tit. 5 van B. III. De overige titels van het derde boek handelen over andere bijzondere overeenkomsten of verbindtenissen, die de wetgever door bijzondere bepalingen nader heeft geregeld (3), en tot wier behandeling ik thans moet overgaan. Ik zal intusschen in dit werk, dat wel even als mijn eerste den naam draagt van „het Nederlandsch burgerlijk regt", maar met weglating der bijvoeging: „naar de volgorde van het B. W.", daarbij niet dezelfde orde volgen als waarin ze in het Wetboek voorkomen (4). Terwijl deze in het algemeen niet door den aard der zaak is aangewezen, heeft de wetgever in éénen titel, dien van huur en verhuur, drie overeenkomsten behandeld, die weinig of niets met elkander te maken hebben, en in dien van kansovereenkomsten, behalve spel en weddingschap ook lijfrenten, die daarvan niet te sterk en te vèr kunnen worden afgescheiden. Ik vind ook geen reden om ze in zekere categoriën te splitsen, wat ten aanzien van sommige zeer wel, maar met andere minder gevoegelijk kan geschieden, en zal ze daarom afzonderlijk behandelen, in de orde die mij voor elke in het bijzonder meest gepast voorkomt.

§ 32.

Van koop en verkoop.

Onder de overeenkomsten en verbindtenissen, die in de vijftien laatste titels van het derde boek afzonderlijk behandeld

---

(1) Zie VII, bl. 60 en v.

(2) Zie I, bl. 383 en v.

(3) OPZOOMER, B, VIII, bl. 3, noemt ze voorbeelden.

(4) Zie eene schets dier rangschikking bij NIENHUIS, *Akad. voorlez.*, I, bl. 88 en v. Verg. ook VAN ASSEN, in *Themis*, XII, bl. 154 en v.

worden, is de eerste plaats gegeven aan die van koop en verkoop. En die plaats is zeer natuurlijk. Van geene andere toch wordt zoo menigvuldig gebruik gemaakt als van haar, aan geene andere is, voor het maatschappelijk verkeer en ook voor elken mensch in het bijzonder, zoo veel, zoo telkens weer, behoefte als aan haar; en is al de ruiling historisch aan haar voorafgegaan, wat doet dit af voor ons, nu deze reeds zoo vele eeuwen lang door haar op den achtergrond gedrongen is?

Koop en verkoop is, volgens art. 1493, eene overeenkomst, waarbij de een zich verbindt om eene zaak te leveren, en de ander om daarvoor den bedongen prijs te betalen; of, zoo als we ook kunnen zeggen, eene overeenkomst, strekkende tot overdragt eener zaak voor een in geld bepaalden prijs. Koop en verkoop *is* zoodanige overeenkomst; wij hebben hier te doen met ééne enkele, die naar de verschillende handelingen der partijen, waardoor zij tot stand komt, in het opschrift van den titel en van de vijfde afdeeling, en in vele artikelen, maar toch niet in alle (1), aldus genoemd wordt (2). Verkoop, toezegging der zaak voor den daarvoor bepaalden prijs, en koop, toezegging van dien prijs voor de zaak, op zich zelve verschillende handelingen der beide partijen, zijn de noodzakelijke bestanddeelen van — maar vormen dan ook te zamen — de overeenkomst, die door dien tweeledigen naam wordt aangeduid. Zoo iets komt niet te pas bij ruiling, waarbij de eene partij even

(1) Soms spreekt de wet alleen van koop, b.v. in art. 1500; soms alleen van verkoop, b.v. in art. 1506*a*; terwijl dat veelal, niet altijd, in verband staat mét de partij aan welke de bepaling vooral doet denken, zie b.v. art. 1508*b*; soms vinden we in ééne bepaling het eene en het andere woord bij afwisseling gebruikt, zoo als in art. 1508*a*, waar het woord verkoop*ing* uit de vertaling van art. 1601 C. N. is overgenomen, 'twelk zelf spreekt van vente, even als de Fransche tekst van art. 1528*a*, Wetb. v. 1830.

(2) De C. N. spreekt enkel van vente; zoo ook de Fransche tekst van het Wetb. v. 1830. Intusschen bevat de C. de C. toch ook een titel: des achats et ventes, waarvan het eenig art., art. 109, bepaalt, door welke middelen les achats et ventes se constatent. Het Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch spreekt enkel van Kauf.

goed als de andere ruilt, en evenmin bij vennootschap of dading; men kan dit ook zeggen van bruik- en verbruikleening, omdat het woord leenen gebezigd wordt èn van hem die te leen geeft èn van hem die te leen ontvangt; niet van schenking, bewaargeving, lastgeving, waarvoor we intusschen slechts een enkelvoudigen naam bezigen; daarentegen vinden wij in huur en verhuur weer een tweeledigen (1).

Koop en verkoop is eene overeenkomst. Wat de eene partij wil is niet hetzelfde als wat de andere wil; de eene wil koopen, de andere wil verkoopen; maar het een is zonder het ander onmogelijk, en zoo willen ze te zamen toch weer hetzelfde; terwijl de eene hare toestemming geeft tot den koop, de andere de hare tot den verkoop, geven zij te zamen hare toestemming tot den koop en verkoop.

En deze strekt tot overdragt der zaak voor den bepaalden prijs; zij brengt mede, dat de zaak geleverd, de prijs betaald moet worden. Zoolang dit niet geschied is, bestaat de verpligting daartoe; maar niets belet, dat tegelijk met het bestaan der overeenkomst, daaraan uitvoering wordt gegeven; en wij zien dit dagelijks bij handelingen in het klein in den winkel van den koopman geschieden. En ook dan zijn de levering en de betaling het gevolg, niet de eene van de andere, maar beide van de overeenkomst van koop en verkoop, en van de verbindtenis die zij schept (2).

Tot het bestaan dier overeenkomst wordt de noodige overeenstemming van partijen vereischt, maar waar deze aanwezig is, is ook de overeenkomst tot stand gekomen. In art. 1494 is uitdrukkelijk gezegd, dat „zij wordt gehouden tusschen de partijen voltrokken (tot stand gekomen, voltooid (3)) te zijn, zoodra deze

(1) Wij volgen hier het voorbeeld der Romeinen, die ook spraken van emtio et venditio en van locatio et conductio, en bij wie de tegenstelling vooral uitkwam in de namen der uit de handelingen voortspruitende regtsvorderingen, de actio emti en de a. venditi, de actio locati en de a. conducti.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 9.

(3) De Fransche tekst van art. 1515 Wetb. v. 1830 zegt, even als art. 1583 C. N.: parfaite.

het eens zijn geworden over de zaak en over den prijs, hoewel ook de zaak nog niet mogt geleverd, noch de prijs betaald zijn." Maar deze bepaling — die bij ons niet te pas kwam om te kennen te geven, dat naar ons regt de toestemming voldoende is, in tegenstelling van andere contracten, voor welke, naar eene bij de Romeinen bekende onderscheiding, woord of schrift of overgave der zaak noodig was; waarvoor bij ons ook geene aanleiding bestond, zooals in art. 1583 C. N., volgens 'twelk niet alleen elle est parfaite entre les parties, maar ook la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu etc. — is in ons Wetb. eene geheel overbodige bepaling. Zoo zij niet bestond, zou de zaak aan geen redelijken twijfel onderhevig zijn, gelijk ook niemand aarzelt aan te nemen, dat de overeenkomst van huur en verhuur tot stand gekomen is, zoodra partijen het over alles eens geworden zijn, al is het gehuurde huis nog niet betrokken en ook nog geen huur betaald, ofschoon de wet daaromtrent zoo iets niet heeft gezegd. De bepaling kan ook onschadelijk zijn, mits we haar als eene nuttelooze beschouwen, en er niets bijzonders uit willen afleiden; want de koop en verkoop mag niet als voldongen beschouwd worden, al zijn de partijen het ook eens over de zaak en den prijs, wanneer zij het nog niet eens zijn over eene voorwaarde of andere nadere bepaling. En wij behoeven daarbij niet verder stil te staan, met name ook niet om de woorden: tusschen de partijen (1).

Maar er valt in verband met die bepaling iets anders op te merken. Volgens art. 1589 C. N. la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. Men zou daarover ligt anders denken, en b.v. met POTHIER opmerken, dat celui qui vous promet de vous vendre une chose, ne la vend pas encore, il contracte seulement l'obligation de vous la vendre lorsque vous le requérez (2). De Fransche wetgever schijnt echter zijne bepaling zeer natuurlijk geacht

(1) Verg. OPZOOMER, A, III, bl. 97 en v., 2e uitg., II, bl. 135 en v., B, VIII, bl. 11 en v.

(2) Zie POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n. 476.

te hebben (1). Intusschen is deze door den onzen niet overgenomen. Op eene vraag naar de reden harer weglating werd door de Regering geantwoord: „Dat art. (1589) kon alleenlijk te pas komen in het Fransche regt, hetwelk geene onderscheiding toeliet tusschen de jura in re en de jura ad rem, doch nu men het beginsel heeft aangenomen, dat de eigendom slechts door levering overgaat, is dat art. overbodig geworden." En zij liet er op volgen: „Uit belofte tot koop en verkoop kan wel eene personele actie voortvloeijen, doch dit is het geval met alle overeenkomsten; en daar men denzelfden regel, die ook omtrent huur-contracten waar is, aldaar niet heeft gesteld, bestond er geene reden om denzelven alhier te plaatsen" (2). Gelukkig, naauwkeurig en bepaald is dat antwoord zeker niet. Om niet te zeggen, dat het slot van het laatste gedeelte weinig strookt met de opneming van art. 1494 en daarvan eene veroordeeling inhoudt, bij het eerste is blijkbaar uit het oog verloren, dat, zoo al eene bepaling als die van art. 1589 C. N. door de

(1) De Staatsraad PORTALIS merkte daarbij op: On trouve effectivement, en pareil cas, tout ce qui est de la substance du contrat de vente; zie *C. N. et Motifs*, VI, bl. 8. In het rapport van den tribun FAURE lezen wij: Si le contrat, au lieu de renfermer une vente, contient une promesse de vente, la promesse a la même force que la vente même, dès que les trois conditions se trouvent réunies, la chose, le prix et le consentement; zie t. a. p., bl. 49. En de tribun GRENIER zeide: Il est un autre acte qui renferme la vente, et qui en a tous les effets, quoique sous une dénomination différente. C'est la *promesse de vendre*. — Il est bien entendu que la validité de la promesse de vendre, qui ne peut avoir plus de faveur que la vente à laquelle elle est parfaitement assimilée, est soumise aux mêmes conditions que celle de la vente. Cela résulte suffisamment de l'article 1589; zie t. a. p., bl. 88 en v. Verg. voorts DURANTON, XVI, n. 47 en v.; TROPLONG, n. 114 en v; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 349, bl. 388 en n. 9 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 157 en v., op art. 1589; LAURENT, XXIV, n. 7—25. Zie ook G. B. NOOTHOVEN VAN GOOR, *De verkoopsbelofte*, Amsterdam (Leiden), 1885, die echter, volgens bl. 21, op de beteekenis en strekking van art. 1589 C. N. niet ingaat, omdat dit ligt buiten het gebied van zijn proefschrift.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 144; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 549 en v.

afwijking van art. 1583 in ons art. 1494 veel van haar gewigt verloor, zij evenwel om art. 1496 nog altijd een in het oog vallend praktisch belang zou hebben behouden. Van meer belang is het intusschen het volgende op te merken. De Regering bedoelde, toen zij beweerde dat het art. overbodig is geworden, niet dat hetgeen het inhield van zelf spreekt en daarom geen bepaling noodig had, maar dat er aan eene bepaling daaromtrent geen behoefte bestond. De weglating dier bepaling moet niet tot het besluit leiden, dat derhalve bij ons eene belofte van verkoop krachteloos is. Eene bepaling in dien zin zou niet geheel verwerpelijk zijn, daar er wel wat tegen is, dat, terwijl de eene partij geheel vrij blijft, de andere zich zelve verbindt voor eenen lateren tijd, waarin de omstandigheden geheel anders kunnen zijn geworden, zonder dat zij reeds vroeger daarmede rekening kon houden; maar het zou alleen kunnen gelden uit kracht eener wetsbepaling, en deze bestaat niet. De belofte van verkoop heeft dus nu de kracht, die haar volgens algemeene regelen moet worden toegekend; geene, zoolang zij niet door de andere partij is aangenomen, en in verband met die aanneming de gewone verbindende kracht eener overeenkomst. Doch niet die van een werkelijken koop en verkoop, maar van eene verbindtenis tot het sluiten daarvan; eene verbindtenis dus om iets te doen. Uit kracht daarvan kan hij, aan wien de belofte werd gedaan, hare vervulling vorderen, maar niet de uitvoering van den nog niet tot stand gekomen koop en verkoop; en bij gebreke dier vervulling kan hij vergoeding eischen van kosten, schaden en interessen, geene levering; en allerminst, waar het onroerend goed geldt, een vonnis, dat de akte zou kunnen vervangen, waartoe de verkooper zou moeten medewerken, en waarvan de overschrijving, evenals anders die van zoodanige akte, de eigendoms-overdragt ten gevolge zou hebben, wat zelfs in geval van een werkelijken verkoop niet mag worden aangenomen (1).

---

(1) Verg. wat ik daarover schreef hierboven, VI, bl. 110 en v. Zie in gelijken zin ook MARCADÉ, VIII, bl. 195 en v., op art. 2265—69, n. II; LAURENT, XXXII, n. 404; L. V. VAN ROSSEM, *Kan de verkooper van onroerend goed naar analogie van art.* 1217, *al.* 3, *B. W.*, *tot de levering gedwongen worden?* Utrecht 1883. Anders NOOTHOVEN VAN GOOR, bl. 82 en v.

Eene akte is, ook blijkens art. 1494, niet noodig voor het tot stand komen der overeenkomst. Zelfs wanneer partijen hebben bepaald, dat er eene akte zal worden opgemaakt, is toch ook voordat dit geschied is de overeenkomst voldongen, tenzij partijen haar werkelijk bestaan bepaaldelijk hebben opgeschort, totdat de akte gereed zal zijn, om daardoor elkander over en weder, of voor eene van haar, de bevoegdheid voor te behouden, om door weigering der medewerking tot de akte het tot stand komen der handeling te beletten (1). Eene akte, in het algemeen van belang voor het bewijs, kan echter ook noodig zijn om aan den koop en verkoop gevolg te geven; daar levering van schuldvorderingen die niet aan toonder luiden en van andere onligchamelijke zaken volgens art. 668 geschiedt door middel eener akte, waarbij de regten op die voorwerpen aan een ander worden overgedragen, en die van onroerende zaken volgens art. 671 plaats heeft door overschrijving der akte in de openbare registers. In het algemeen, en hetzij zij voor zoodanig doel noodig is, of alleen moet dienen voor het bewijs, kan de akte zoowel eene onderhandsche als eene authentieke zijn (2). Art. 1582 C. N., waarbij dit uitdrukkelijk was gezegd, is bij ons niet overgenomen, omdat, wanneer de wet niets bijzonders voor de geldigheid eener akte voorschrijft, het van zelf spreekt, dat deze op allerhande manier kan worden opgemaakt (3).

Art. 1584 C. N. zegt uitdrukkelijk, dat de koopovereenkomst zuiver en eenvoudig of onder eene, hetzij opschortende hetzij ontbindende, voorwaarde kan worden aangegaan, en dat zij ook twee of meer zaken alternatief tot onderwerp hebben kan en dan de werking zich regelt naar de algemeene beginselen omtrent overeenkomsten. Maar zoo iets behoeft niet ten aanzien der verschillende overeenkomsten in het bijzonder gezegd te worden, en onze wetgever heeft daarom teregt die bepaling niet overgenomen.

---

(1) Verg. MALLEVILLE, op art. 1589, III, bl. 359 en v.; TROPLONG, n. 19 en v.; DURANTON, XVI, n. 39.

(2) Art. 668*a* spreekt ook van eene authentieke of onderhandsche akte.

(3) Zie een antwoord der Regering, bij VOORDUIN, V, bl. 159 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 549.

Wel dient te worden gewezen op eene tegenstelling van een openbaren en een onderhandschen verkoop, omdat deze op geheel verschillende wijzen tot stand komen, en omdat de wet in vele gevallen een openbaren verkoop vordert. Een onderhandsche wordt eenvoudig tusschen de partijen gesloten; een openbare heeft plaats, wanneer eene zaak in het openbaar ten verkoop wordt aangeboden aan hen die daarvan gading willen maken, zoodat ieder die wil daarop een bod kan doen en het bod van een ander kan verhoogen, en komt tot stand door aanneming van een bod, gewoonlijk van het hoogste, wat intusschen niet noodig is, terwijl er redenen kunnen bestaan, b.v. wegens de mindere vertrouwbaarheid van den hoogsten bieder, om liever een anderen aan te nemen. De geldigheid en verbindende kracht van den koop en verkoop is in beide gevallen dezelfde, maar bij een openbaren laat zich met meer grond verwachten, dat de werkelijke en volle waarde voor de zaak verkregen zal worden. Juist hierom wordt dan ook in vele gevallen door de wet een openbare verkoop gevorderd (1). Tot meerdere zekerheid pleegt dan tevens te worden voorgeschreven, dat hij gehouden zal worden overeenkomstig de plaatselijke gebruiken, en ten overstaan of door middel van een bevoegden ambtenaar. Ten gevolge van dit laatste voorschrift zal de van den verkoop opgemaakte akte van zelf eene authentieke zijn. Op zich zelf is te dien aanzien de aard der akte van dien van den verkoop onafhankelijk, en omgekeerd. Van een onderhandschen verkoop kan even goed eene authentieke als eene onderhandsche, en van een openbaren verkoop ook even goed eene onderhandsche als eene authentieke akte worden opgemaakt.

Men kan voorts spreken van een vrijwilligen en van een gedwongen verkoop, naarmate hiertoe wordt overgegaan ten gevolge van den vrijen wil des verkoopers, of deze te dien aanzien niet vrij is, maar daartoe gedrongen wordt door eene overeenkomst, waarbij hij er zich toe verbonden heeft, door de wet (art. 447), door een regterlijk vonnis (art. 1122), of door de

(1) Zie b.v. art. 447, 453, 479, 1080, 1122, 1223, 1255 B. W.

omstandigheden, b.v. waar de eigenaar zijn goed liefst zou willen behouden, maar, nu het eenmaal noodig is voor een werk ten algemeenen nutte, het liever wil afstaan bij minnelijke overeenkomst, dan de zaak te laten aankomen op eene onteigening bij regterlijke uitspraak. Voor het wezen, de geldigheid en de werking der handeling bestaat tusschen beide gevallen geen onderscheid.

Maar men spreekt ook in een anderen zin van een vrijwilligen, in tegenstelling van een geregtelijken verkoop. Zoo stelt art. 1254 eene vrijwillige, of zoo als de wet daar zegt: willige, verkooping naast en tegenover eene geregtelijke uitwinning, en zegt in het eerste lid, dat in geval van de eene zoowel als in dat van de andere door den kooper zuivering van hypotheken gevraagd kan worden, en in het tweede, dat dit voor het geval eener willige verkooping, maar daarvoor ook alleen, door een beding, ten behoeve van den eersten hypothecairen schuldeischer gemaakt en mede in de registers ingeschreven, kan worden uitgesloten. De geregtelijke verkoop of uitwinning geschiedt op de daarvoor in het W. v. B. R. bepaalde wijze (1). Elke andere is een vrijwillige; niet alleen die welke uit vrije beweging door den eigenaar, maar ook die welke uit kracht van het in art. 1223*b* veroorloofd beding door den hypothecairen schuldeischer, wel krachtens de hem verleende magtiging, doch niet als lasthebber van den eigenaar, maar op eigen naam en gezag en ten eigen behoeve plaats heeft; en evenzeer die welke door den eigenaar zelven geschiedt, in overleg misschien met den schuldeischer, enkel in het belang van zijne eer en zijn fatsoen, en om eene openbare aankondiging te ontgaan dat het goed door een schuldeischer wordt verkocht.

Koop en verkoop is eene overeenkomst, en wat in het algemeen tot de geldigheid hiervan noodig is, is dat ook voor deze in het bijzonder. Dat geldt van de bekwaamheid, de toestem-

---

(1) Hier zij daaromtrent alleen vermeld, dat volgens art. 524 W. v. B. R. de opbiedingen en de afmijning geschieden, en dus alleen geschieden kunnen, door tusschenkomst van procureurs bij de regtbank, of door notarissen, hun beroep binnen haar arrondissement uitoefenende.

ming, het onderwerp en de oorzaak; en wat daaromtrent naar aanleiding van art. 1356 en volg. gezegd is, vindt ook hier zijne toepassing.

Dat allen kunnen koopen en verkoopen, aan wie de wet dit niet ontzegt, is niet twijfelachtig, al is het bij ons niet uitdrukkelijk gezegd gelijk in art. 1594 C. N., eene bepaling van gelijken aard als onze artt. 943, 1365 en 1932, maar die bepaaldelijk ook om art. 1365 niet nog eens ten aanzien der bijzondere overeenkomsten te pas kwam.

De bevoegdheid om te verkoopen, die men niet enkel als eigenaar, of als diens wettige vertegenwoordiger, ook ten gevolge van lastgeving, maar ook uit kracht van een bijzonder regt, van pand (art. 1201) of hypotheek (art. 1223*b*), bezitten kan, is in onderscheidene bepalingen nader omschreven en beperkt (1), die op verschillende plaatsen elders voorkomen, en dus, elders behandeld, hier niet besproken behoeven te worden. Hier zij alleen vermeld, dat volgens art. 505*d* W. v. B. R. de partij, tegen welke beslag is gelegd op onroerend goed, te rekenen van den dag der overschrijving van het procesverbaal der inbeslagneming in de registers van den bewaarder der hypotheken, dat goed niet meer mag, en dus ook niet geldig kan, vervreemden ten nadeele van den inbeslagnemer.

Ten aanzien der bevoegdheid om te koopen, vinden wij hier eenige beperkende bepalingen, en deze moeten hier ter sprake komen.

Volgens art. 1505 mogen openbare ambtenaren geene zaken koopen, die door hen (2) of te hunnen overstaan verkocht worden (3). De strekking is natuurlijk om kwade praktijken te weren. De wet voegt er bij, dat die ambtenaren die goederen

(1) Zie art. 160*e*, 195*c*, 364, 451 en 506*c*, 479, 537, 1032 B. W.

(2) Bij dat „door hen" kunnen wij bepaaldelijk denken aan de in het K. B. van 8 Mei 1863, Sb. n. 56, genoemde ambtenaren, die zelve openbare verkoopingen kunnen houden van goederen, waarvan de verkoop van hen uitgaat.

(3) Art. 1596 C. N., aan 't slot, spreekt bepaaldelijk van biens nationaux.

ook niet voor zich mogen laten koopen, dat zij ze niet mogen koopen door tusschenkomende personen. Wie als zoodanig beschouwd moeten worden, is hier niet gezegd, wat wel geschied is in art. 239 en 958 voor de daar behandelde bijzondere onderwerpen; en nu mogen wij de daar gegeven bepalingen niet overal en ook hier toepassen, te minder omdat wij niet met eene enkele te doen hebben, maar met twee, die niet geheel overeenstemmen. Het gevolg daarvan zal zijn, dat niet alleen ook wel anderen dan de daar aangeduiden als tusschenkomende personen kunnen, maar dezulken ook niet onbepaald als zoodanig moeten worden beschouwd, en dat dus de regter in ieder geval, waarin de vraag te pas komt, naar de omstandigheden heeft te beoordeelen, of de kooper voor den ambtenaar heeft gekocht; en dat zijne beslissing, eene geheel feitelijke vraag betreffende, aan geen nader oordeel van den regter in cassatie onderworpen is (1).

In art. 1506 worden eenigen genoemd, die wegens hunne betrekking, door hen zelve of door tusschenkomende personen, geen koopers mogen worden bij onderhandschen verkoop. De laatste woorden, waardoor het verbod niet weinig is beperkt, kwamen in art. 1596 C. N. en ook in art. 1526 Wetb. v. 1830 niet voor. Zij zijn bij de herziening opgenomen, volgens de memorie van toelichting, omdat er noch in het belang van die personen, noch in dat van den verkooper eene overwegende reden bestond om genen van het koopen in eene openbare veiling uit te sluiten (2). Het is dan ook voor den verkooper van belang, dat er hoe meer hoe liever gadingmakenden zijn, en dat zonder gewigtige reden niemand als kooper wordt afgewezen.

Dat geldt nu vooreerst van lasthebbers, ten aanzien van zaken met welker verkoop zij belast waren. Dus niet in het algemeen van die, waarover hun eenige zorg of beheer was

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 193; DURANTON, XVI, n. 138; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351, bl. 394, n. 4; MARCADÉ, VI, bl. 192, op art. 1596, n. III; LAURENT, XXIV, n. 49.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 171.

opgedragen, wanneer de verkoop daarvan door den eigenaar of door een ander in zijne plaats tot stand komt (1).

Het geldt verder van bewindvoerders ten aanzien van zaken, aan het rijk, de gewesten, de gemeenten, of aan andere openbare instellingen toebehoorende, welke aan hunne zorg en beheer zijn toevertrouwd. In tegenstelling van hetgeen van lastgevers gezegd is, is dus voor hen reeds daarin een beletsel gelegen, en is het niet (2) noodig, dat zij ook met den verkoop dier goederen belast waren. Onze wet heeft echter in art. 1506*d* uitdrukkelijk toegelaten, dat aan die bewindvoerders door den Koning vrijstelling van het verbod kan worden verleend.

In het laatste lid van art. 1506 is voorts gezegd, dat voogden de onroerende goederen hunner pupillen kunnen koopen op de wijze bij art. 457 bepaald, en daardoor eenvoudig te dezer plaatse de daar te dier zake gemaakte bepaling herinnerd, volgens welke dat niet anders kan dan in eene openbare veiling, en dan nog onder goedkeuring van de regtbank, nu van den kantonregter. En nu de wet dat hier herinnert, dient tevens te worden opgemerkt, dat art. 457 niet ook geldt voor toeziende voogden (3), maar wel volgens art. 506*c* voor curators van onder curatele gestelden.

Verder mogen, volgens art. 1504, regters, leden van het openbaar ministerie, griffiers, advocaten, procureurs, deurwaarders en notarissen door overdragt geen eigenaars worden van regten en regtsvorderingen, waarover gedingen aanhanging zijn voor de regtbank, onder welker regtsgebied zij hnnne bedieningen

---

(1) Dat een procureur, die eene geregtelijke uitwinning vervolgt, niet belet wordt kooper te worden van eene uitgewonnen zaak, wat door ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351, bl. 394, n. 2, MARCADÉ, VI, bl. 191, op art. 1596, n. II, wordt bevestigd, door TROPLONG, n. 188, ontkend, is bij ons om de beperking tot onderhandschen verkoop niet twijfelachtig.

(2) Dit woordje „niet", in de eerste uitgave van mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 19, voorkomende, was in de tweede uitgave bij ongeluk weggevallen.

(3) Verg. LAURENT, XXIV, n. 46.

uitoefenen. De strekking der bepaling is zeker weder om kwade praktijken tegen te gaan, en tevens alle vrees daarvoor bij het publiek af te wenden. Zij geeft intusschen tot verschillende opmerkingen aanleiding, omtrent de vragen wat, ten aanzien waarvan, en wien het verboden wordt.

Eigenaar wordt men niet door koop, maar door de overdragt die er het gevolg van is, doch een geldige koop zal hiertoe leiden, en geeft een regt daarop tegen den verkooper. De zin der bepaling is dan ook zeker een verbod van te koopen, en ook de plaats waar zij voorkomt wijst daarop (1). Nu kan zeer wel de gebezigde uitdrukking oorzaak zijn, dat niet ook hier, gelijk in art. 1505 en 1506 van tusschenkomende personen gesproken wordt; die door zoo iemand laat koopen, wordt toch zelf door overdragt eigenaar. Men mag daarom wel ook hier een verbod zien om zelf of door tusschenkomende personen te koopen, de reden daarvoor geldt dan ook hier zeker eveneens (2).

Art. 1597 C. N. spreekt van: procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal etc.; de vertaling sprak van: processen, regten of actiën, waarover geschil is, en waarvan de beoordeeling staat aan de regtbank enz.; onze wet van: regten en regtsvorderingen, waarover gedingen aanhangig zijn (een geding aanhangig is) voor de regtbank. Onze wetgever heeft dus blijkbaar van zijnen voorganger willen afwijken; en terwijl daarover in het verslag der centrale afdeeling van 21 Januari 1825 eene opmerking werd gemaakt (3), is mij niet gebleken, dat hieraan eenig gevolg is gegeven. Intusschen brengt die afwijking eene niet geringe beperking der verbodsbepaling mede, daar de bevoegdheid om te koopen bij ons nu niet is ontzegd, wanneer er een geschil bestaat, dat tot een geding zal kunnen leiden, 'twelk dan zal moeten worden aan-

---

(1) Verg. hierbij VAN BONEVAL FAURE, in *Ned. Jaarb. v. R. en W.*, IX, bl. 326; VAN ASSEN, in *Themis*, 2, IV, bl. 185 en v.; OPZOOMER, B, VIII, bl. 49 en n. 2.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 140; TROPLONG, n. 202.

(3) Zie VOORDUIN, V, bl. 169 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 625.

gebragt bij de bedoelde regtbank, maar alleen wanneer er werkelijk een geding bij die regtbank aanhangig is (1).

Bij welke regtbank? Het verdient opmerking, dat de wet hier niet spreekt van de arrondissements-regtbank, gelijk zij pleegt te doen waar zij bepaaldelijk zoodanig collegie bedoelt, maar eenvoudig van de regtbank, terwijl ook art. 1597 C. N. spreekt van een tribunal, niet van een tribunal de première instance. Daaruit laat zich gereedelijk afleiden, dat wij niet uitsluitend hebben te denken aan een regterlijk collegie van een bepaalden rang, maar in het algemeen aan een regterlijk collegie, of in één woord aan den regter (2); en zeker geldt ook de reden der wet voor allen evenzeer. Wanneer wij nu letten op de zeker niet gelukkige redactie, sprekende van regters enz., hunne bedieningen uitoefenende onder het regtsgebied der regtbank, dan zullen we ons wel niet te zeer gebonden behoeven te achten aan de woorden der wet. En dan zullen wij onze bepaling wel zoo mogen opvatten, dat de regters enz. geene regten en regtsvorderingen mogen koopen, waarover een geding aanhangig is voor hen of hun collegie, en dat dit gelijkelijk geldt voor den kantonregter, de arrondissements-regtbank, het geregtshof en den hoogen raad, en de advokaten enz. ook niet zulke, waarover een regtsgeding aanhangig is voor het collegie, in welks ressort zij hunne bedieningen uitoefenen. Dit nu is voor de notarissen het arrondissement waarin hunne standplaats is gevestigd, volgens art. 3 der Wet op het notarisambt; voor de advokaten en procureurs, die als zoodanig geene bediening uitoefenen bij den kantonregter, het ressort van het collegie waarbij zij zijn ingeschreven, en voor de deurwaarders dat, waartoe hunne bevoegdheid volgens art. 8 van

(1) Verg. ASSER, § 751 1°, wiens voorstelling, alsof de Fransche bepaling was uitgestrekt tot alle regten enz. welke tot de competentie der regtbank behooren, bepaald onjuist is. Zie ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 50.

(2) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 49, n. 1; DE PINTO en VAN DER LINDEN, in *Themis*, IX, bl. 514. Zie ook DURANTON, XVI, n. 144; TROPLONG, n. 198; MARCADÉ, VI, bl. 193, op art. 1597, n. I.

het Reglement is bepaald. En nu de geheele beperking slechts geldt, waar een geding aanhangig is, kan de toepassing minder moeijelijkheden opleveren, dan naar de Fransche bepaling.

Onder de regters zijn natuurlijk ook de presidenten, en de raadsheeren in geregtshof of hoogen raad, onder de leden van het openbaar ministerie de officieren en substituut-officieren van justitie, de procureurs- en de advokaten-generaal, onder de griffiers ook hunne substituten begrepen. Minder zeker is het, hoe men moet denken over de regters-plaatsvervangers. Art. 1597 C. N. spreekt ook van hen; ons art. 1504 doet dat niet. Op eene deswege gedane vraag werd als reden daarvan opgegeven, dat nog niet uitgemaakt was, of bij de regterlijke organisatie regters-plaatsvervangers zullen worden benoemd (1). Dat antwoord was toen het gegeven werd juist, maar zou dat niet altijd blijven, en kon kwalijk meer gelden ten tijde der herziening. Men kan op grond daarvan waarschijnlijk achten, dat onze wetgever op dat punt niet juist van zijn voorganger heeft willen afwijken, en ook de plaatsvervangers genoemd zou hebben, zoo maar had vastgestaan dat ze er zijn zouden, maar zeker is dat niet; het is niet uitdrukkelijk in het antwoord gezegd, en terwijl in art. 1504 van hen niet wordt gesproken, kan het feit dat dit wel het geval was in art. 1597 C. N., ook in verband met dat antwoord, dat gemis niet vergoeden. Nu zal er wel geen zwarigheid zijn om, wat in art. 30 en v. W. v. B. R. over het wraken van regters gezegd is, ook toe te passen op plaatsvervangers, wier wraking niet te pas kan komen waar zij niet werkelijk als regters optreden; maar daarmede staat niet gelijk de toepassing eener verbodsbepaling, die hen evenzeer zou treffen, ook wanneer zij niet als regters werkzaam zijn. In art. 48 en v. W. R. O. worden zij uitdrukkelijk nevens de regters genoemd; en dat zij in art. 8 W. R. O. even uitdrukkelijk worden uitgezonderd, om allen twijfel weg te nemen omtrent de benoembaarheid van dezulken, die voor eene benoeming, zoo niet alleen, althans voornamelijk in aanmerking moeten komen, is geen voldoende reden om hen onder de

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 169; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 550.

regters te begrijpen, waar zoodanige uitdrukkelijke uitzondering niet voorkomt. Nu zullen die plaatsvervangers in verreweg de meeste gevallen ook advokaat, procureur of notaris zijn, en dan zijn zij als zoodanig onder de verbodsbepaling begrepen. Maar anders komt het mij voor, dat deze voor hen als regters-plaatsvervangers niet geldt, en niet tot hen mag worden uitgestrekt of op hen toegepast (1).

Op overtreding der bepalingen van 1504—1506 is nietigheid bedreigd; het is toch aan geen redelijken twijfel onderhevig, dat dit mede geldt ten aanzien van allen die in het laatstgenoemd art. genoemd worden, ook van de bewindvoerders enz. De koop en verkoop is dus nietig, en ook wat art. 1504 betreft niet enkel de overdragt. Die nietigheid is geen gevolg van onbekwaamheid, maar van eene verbodsbepaling der wet; zij moet dan ook niet opgevat worden als vatbaarheid voor nietigverklaring, maar als werkelijke nietigheid; en we hebben daarbij niet aan betrekkelijke, maar aan volstrekte nietigheid te denken, waarop de eene partij zoo wel als de andere zich beroepen kan; art. 1367*b* wijst ook daarop (2).

Overtreding van art. 1504—1506 wordt bovendien nog bedreigd met eene verpligting tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Deze verpligting treft zeker alleen hen, die volgens de wet niet mogen koopen, en niet ook hen, die in weerwil daarvan aan hen verkocht hebben. Maar zij is in het algemeen opgelegd, en bestaat evenzeer wanneer door genen, als wanneer door dezen de nietigheid wordt ingeroepen; in het eerste geval kan de vergoeding gevoegelijk bij eene reconventionele vordering

---

(1) Anders DE PINTO, II, § 867, 4, 5e uitg., bl. 587, 6e uitg., bl. 615; SCHÜLLER, VERNEDE, op art. 1504 B. W., met wie ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 27, instemde.

(2) Verg. hierboven, X, bl. 382 en v.; OPZOOMER, B, VIII, bl. 51 en v.; DURANTON, XVI, n. 145; TROPLONG, n. 194, verg. echter n. 196; MARCADÉ, VI, bl. 192, op art. 1596, n. III, die echter anders denkt ten aanzien der regters enz., bl. 197 en v., op 1597, n. III. Zie ook LAURENT, XXIV, n. 63 en v.

geëischt worden. Ten aanzien der vergoeding zelve komt het mij voor, dat zij verschuldigd is, niet voor het nadeel, 'twelk de wederpartij lijdt door do vernietiging der handeling, die gevorderd is en plaats had op grond der wet, maar voor dat wat de koop in verband met zijne vernietiging voor die partij veroorzaakt heeft.

Met een woord zij hier voorts vermeld, dat, volgens art. 525 W. v. B. R., bij een geregtelijken verkoop van onroerend goed, de persoon tegen wien het beslag gedaan is geen kooper zijn kan; de verklaring, dat het opbod of de afmijning voor hem en te zijnen voordeele gedaan was, van onwaarde is, en degene, die voor hem kooper is geworden, persoonlijk en onmiddellijk verantwoordelijk blijft voor de schaden en interessen, en tot betaling hiervan zelfs bij lijfsdwang kan worden genoodzaakt. Wat daar verder wordt gezegd omtrent hen, die koopers zijn geworden voor rekening van personen die kennelijk onvermogend zijn, betreft geheel iets anders, en staat met geen verbod van te koopen in verband.

De wet laat voorts in het algemeen geen koop en verkoop (1) toe tusschen echtgenooten; tusschen dezen kan volgens art. 1503 geen koop en verkoop plaats hebben, behalve in de daar vermelde gevallen. De reden van het als regel gesteld verbod is hoofdzakelijk dezelfde als die van dat van schenkingen, die ook, volgens art. 1715, tusschen echtgenooten staande huwelijk verboden zijn. Men heeft willen beletten, dat, in strijd met de strekking van art. 174*b* en van art. 202 en 204, de een den ander gedurende het huwelijk zou kunnen bevoordeelen, hetzij uit eigen beweging, die veiliger kan leiden tot eene uiterstewilsbeschikking, hetzij onder den invloed voor den aandrang, dien de ander door verschillende middelen en op verschillende wijzen daartoe kan uitoefenen. Die regel kan echter mede dienen tot verzekering van het verbod eener schenking, die nu vruchteloos

(1) De wet zegt hier minder juist: koop *of* verkoop. Zoo ook art. 1524 Wetb. v. 1830, waarvan de Fransche tekst spreekt van le contrat de vente, evenals art. 1595 C. N., waarvoor de vertaling heeft: het contract van verkoop.

onder den vorm van een koop en verkoop verborgen zal worden (1). Bovendien is daardoor tevens aan de echtgenooten de gelegenheid benomen, om door zamenspanning het goed van een hunner te onttrekken aan eene vervolging van diens schuldeischers. Doch men heeft tevens aan den anderen kant de bezwaren willen wegnemen, die uit een onbepaald verbod zouden kunnen voortvloeijen, en daartoe voor bepaalde gevallen uitzonderingen erkend; maar ook weer in het slot van art. 1503 een middel aan de hand gedaan tegen misbruik, dat van die uitzonderingen gemaakt zou kunnen worden.

Het in de eerste plaats uitgezonderd geval bestaat, „wanneer een der echtgenooten aan den anderen, van wien hij geregtelijk gescheiden is, goederen overdraagt (2) tot voldoening van hetgeen aan denzelven naar regten toekomt," art. 1503 1°. De bepaling is algemeen, en kan hare toepassing vinden, zoowel doordien de vrouw aan den man, als doordien de man aan de vrouw goederen verkoopt. Zij spreekt ook algemeen van hetgeen aan den ander naar regten toekomt, wat in verband kan staan met de verdeeling zelve, met verschuldigde schadevergoeding enz. Zij spreekt ook in het algemeen van eene geregtelijke scheiding. Er is daarom volstrekt geen reden om eene enkele scheiding van goederen uit te sluiten (3); integendeel ligt juist in die scheiding de aanleiding tot de bepaling. Deze vindt echter gelijkelijk toepassing bij eene scheiding van tafel en bed, die volgens art. 298 altijd scheiding van goederen ten gevolge heeft. Aan den anderen kant komt zij niet te pas in geval van echtscheiding (4); daardoor hebben de echtgenooten opgehouden echtgenooten te zijn, en heeft dus de regel zelf zijne werking

---

(1) Verg. hierbij OPZOOMER, B, VIII, bl. 41 en v.

(2) Art. 1524 Wetb. v. 1830 zeide, in navolging van de vertaling van art. 1595 C. N.: afstaat; dit is bij de herziening veranderd. Juister zou zijn, en werkelijk bedoeld is: verkoopt om over te dragen.

(3) Zoo SCHÜLLER, VERNEDE, op art. 1503 B. W.

(4) Anders DE PINTO, II, § 867, 1, a, 5e uitg., bl. 586, 6e uitg., bl. 615.

verloren (1). De wet spreekt van geregtelijke scheiding, en belet daardoor dat de uitzondering ook zou kunnen worden toegepast op eene scheiding van goederen bij onderlinge toestemming, die door haar zelve in art. 241 nietig wordt genoemd.

Eene tweede uitzondering bestaat „wanneer de overdragt, die de man doet aan zijne vrouw, zelfs van welke hij niet gescheiden is, eenige wettige oorzaak heeft, als daar is tot wederbelegging van hare vervreemde goederen, of van penningen die haar toebehooren, indien namelijk die goederen of die penningen van de gemeenschap zijn uitgesloten," art. 1503 2°. Het laatste had zeker niet gezegd behoeven te worden, daar natuurlijk geen overdragt aan de vrouw te pas kan komen tot wederbelegging der opbrengst van eenig goed of van penningen der gemeenschap; de wet vordert intusschen niet, dat die gemeenschap in het algemeen moet zijn uitgesloten, het is voldoende, zoo maar de wettige oorzaak der overdragt betrekking had op iets dat buiten de gemeenschap was. Wat die wettige oorzaak betreft — une cause légitime, zoo als art. 1524 Wetb. v. 1830 zegt, even als art. 1595 C. N. — wij hebben daaronder eene wettelijke, in de wet gegronde, te verstaan, zoodat de verkoop ook hier weer plaats moet hebben tot voldoening van hetgeen den ander naar regten toekomt, zoo als onder 1° is gezegd. De wet voegt er bij: „als daar is tot wederbelegging enz." (telle que le remploi etc.). Zij geeft daardoor vrij duidelijk te te kennen, dat zij, hetgeen volgt, slechts bij wijze van voorbeelden aanvoert; de redactie zou trouwens wat heel woordenrijk en tevens heel vreemd zijn, wanneer eerst het bestaan eener wettige oorzaak op de voorgrond werd gesteld, en dan vervolgens te kennen werd gegeven, waarin die oorzaak moet en alleen kan bestaan. Er moet eene in de wet gegronde oorzaak zijn van verpligting tot vergoeding; zoodanige oorzaak kan bestaan doordien er aanleiding is tot wederbelegging, maar ook wel anders, b.v. wanneer de man eenig goed der vrouw vernield of verdonkerd, in het beheer harer goederen verzuim gepleegd

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 43, n. 2; TEIXEIRA DE MATTOS, bij DE PINTO, t. a. p., n. *a*.

heeft (art. 160*d*), waarbij van geen wederbelegging sprake moet zijn, maar toch de man vergoeding schuldig is. In al zulke gevallen geldt de uitzondering op den regel van art. 1503 (1). Daarbij is alleen sprake van een verkoop dien de man doet aan zijne vrouw, en hieraan moet ook alleen gedacht worden; eene overdragt van de vrouw aan haren man kan om zoodanige oorzaak niet te pas komen, en daarom ook niet op grond der tweede uitzondering geldig zijn (2).

De wet erkent nog eene derde uitzondering „in geval de vrouw aan haren man goederen overdraagt tot betaling eener som, welke zij hem als huwelijksgoed heeft beloofd, voor zoo ver die goederen van de gemeenschap zijn uitgesloten," art. 1503 3°. Hier is alleen sprake van — en moet alleen gedacht

---

(1) Verg. hierbij SCHÜLLER, op art. 1503 B. W.; TROPLONG, n. 180; DURANTON, XVI, n. 149; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351, bl. 394, n. 8; MARCADÉ, VI, bl. 185 en v., op art. 1595, n. II; LAURENT, XXIV, n. 36 en v. Zie echter ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 44—47. Volgens dezen komt het eenigljk aan op hetgeen volgt op de woorden: als daar is. Dit staat intusschen in verband met eene m. i. verkeerde opvatting van „wettige", als redelijke oorzaak. Terwijl de wettigheid dier oorzaak natuurlijk door den regter beoordeeld en erkend moet worden, zegt O., bl. 45: „en wat kan wettigheid hier anders beteekenen dan redelijkheid?" Maar al komt het woord „wettig" in zoodanigen zin voor in de wet, met name in art. 1639, daaruit volgt toch niet, dat het, en dat het Fransche légitime, overal en ook hier deze beteekenis heeft. Die van wettelijk, in de wet gegrond, is hier dunkt mij als aangewezen, ook wanneer men denkt aan hetgeen er op volgt: als daar is enz. Wanneer enkel eene redelijke oorzaak gevorderd zou worden, kon de wetgever kwalijk volstaan met bij wijze van voorbeeld alleen te wijzen op gevallen wáárin eene wettelijke oorzaak bestaat; en wil men aan geen voorbeelden gedacht hebben, maar in die wederbelegging het eenige zien waarop alles aankomt, dan is er zeker nog meer reden om te vragen, hoe de wetgever er toe heeft kunnen komen om dat vooraf te laten gaan door eene inleiding, die enkel vordert dat de oorzaak redelijk zij.

(2) Verg. TROPLONG, t. a p.; ZACHARIAE, t. a. p., n 7; LAURENT, XXIV, n. 35.

worden aan — een verkoop door de vrouw aan den man. Ook hier zijn de laatste woorden overbodig; goederen van de gemeenschap, die de man beheert, kunnen niet door de vrouw aan hem worden overgedragen. Maar ook hier wijzen ze aan, dat het voldoende is zoo maar de bedoelde goederen buiten de gemeenschap zijn, en deze niet zelve behoeft te zijn uitgesloten (1). De wet veronderstelt, dat er door de vrouw, bij huwelijks-voorwaarden of misschien anders, eene som beloofd is als huwelijksgoed, om daarvan overeenkomstig art. 201 gebruik te maken, zoodat het ook hier weer geldt eene verpligting ter zake des huwelijks. Tot voldoening van hetgeen de vrouw vóór het huwelijk aan den man schuldig was, kan gedurende het huwelijk geen geldige koop en verkoop plaats hebben (2).

In al de drie gevallen heeft er verkoop plaats, en door middel of ten gevolge daarvan de overdragt, waarvan de wet spreekt. Er moet niet gedacht worden aan betaling of inbetaling-geving (3), daaronder verstaat men iets anders; er is werkelijke verkoop, die dienen zal tot voldoening van hetgeen de verkooper aan den kooper schuldig is, en die dit gevoegelijk doen kan en van zelf doet, doordien, hetgeen deze als koopprijs schuldig wordt, met het aan hem verschuldigde, voor zoo ver beider bedrag reikt, van regtswege wordt gecompenseerd, zoodra nevens de bestaande ook de andere schuld door den koop ontstond. Maar een koop en verkoop onder zulke omstandigheden en met zoodanig doel heeft de wetgever toegelaten, en hij heeft daardoor

---

(1) Dit werd gevorderd in art. 1595 C. N., en ook nog in art. 1524 Wetb. van 1830. Bij de herziening werd het veranderd; zie VOORDUIN, V, bl. 169.

(2) Verg. *Confér. du C. C.*, VI, bl. 9 en v.; MALEVILLE, III, bl. 368; TROPLONG, n. 182; DURANTON, XVI, n. 150; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351, bl. 394, n. 9; MARCADÉ, VI, bl. 187 en v., op art. 1595, n. III; LAURENT, XXIV, n. 39.

(3) Zie de uitgave van het B. W. van Mr. S. LIPMAN (Mr. J. W. TYDEMAN), bl. 450; DE PINTO, II, § 867, 1, 5e uitg., bl. 586, 6e uitg., bl. 614; OPZOOMER, B, VIII, bl. 42, 46; TROPLONG, n. 179; DURANTON, XVI, n. 147; LAURENT, XXIV, n. 32 en elders.

mogelijk gemaakt, dat het goed van den eenen ten gebruike van beiden kan blijven dienen en later op de kinderen overgaan, terwijl het anders aan een vreemde verkocht zou moeten worden, om zoo voor de voldoening der schuld het noodige geld te bekomen (1).

Doch nu moet dan ook een daartoe veroorloofde koop en verkoop geen middel worden om, in strijd met de reden van het als regel gesteld verbod, den eenen echtgenoot door den anderen te laten bevoordeelen. Dat tegen te gaan is de strekking der slotbepaling: „Behoudens echter, in deze drie gevallen, de regten der erfgenamen van de handelende partijen, wanneer eene van laatstgemelde alzoo eenig zijdelingsch voordeel mogt hebben bekomen." Wanneer voor zoodanig doel de koopprijs te hoog of te laag is gesteld, kunnen dus de erfgenamen van den te vrijgevigen echtgenoot tegen die bevoordeeling opkomen, de handeling bestrijden, en òf haar ongedaan doen maken òf het hun daardoor veroorzaakte nadeel doen vergoeden. Dat zouden ze niet kunnen doen, wanneer hun regt daartoe niet uitdrukkelijk door de wet was erkend (2); maar dit is geschied, en wel in het algemeen ten behoeve der erfgenamen, en dus van alle, hetzij ze door de wet of bij testament tot de erfenis geroepen zijn, en zonder dat de wet eenige aanleiding geeft om hare bepaling tot dezulken te beperken, die regt op een wettelijk erfdeel hebben (3).

Buiten de drie uitgezonderde gevallen is elke koop en verkoop, tusschen echtgenooten aangegaan, nietig. Al is hierg een

(1) Verg. de rede van den tribun GRENIER, in *C. N. et Motifs*, VI, bl. 91.

(2) Ik kan volstrekt niet instemmen met OPZOOMER, B, VIII, bl. 48, volgens wien die slotbepaling volmaakt overtollig is, maar die daarvoor geen grond aanvoert, of het moest zijn de stelling, dat dit het geval is met „alle dergelijke „behoudens" en wat er meer van dat gehalte zij," eene stelling trouwens, waarmede ik ook niet instemmen kan.

(3) Verg. echter DURANTON, XVI, n. 151 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351, bl. 395; MARCADÉ, VI, bl. 189 en v., op art. 1595, n. V; LAURENT, XXIV, n. 40. Zie ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 48 en n. 2.

sprake van straffe van nietigheid, gelijk in de volgende bepalingen, art. 1503 zegt toch, dat er geen koop en verkoop plaats kan hebben, en hieruit volgt, dat deze, zoo hij evenwel feitelijk gesloten is, regtens niet wordt erkend. Daar volgens art. 1715*a* in het algemeen schenkingen tusschen echtgenooten, staande huwelijk gedaan, verboden zijn, en niet enkel, gelijk in art. 1096 C. N., ten allen tijde herroepelijk verklaard, hebben wij ook geene uitzondering te maken voor het geval, dat de echtgenooten eene schenking onder den schijn van een koop en verkoop hebben willen verbergen. En dat op het verbod van schenking in art. 1715*b* eene uitzondering is toegelaten, geeft geen vrijheid om voor gelijke zaken ook eene uitzondering te maken op den regel van art. 1503. Men mag daarom in het algemeen aannemen, dat, wanneer buiten de daar genoemde gevallen een koop en verkoop tusschen echtgenooten plaats heeft gehad, deze zelve, en zoo ook hunne erfgenamen, over en weder die handeling als onbestaanbaar kunnen bestrijden en als ongedaan doen maken (1).

Koop en verkoop kan in het algemeen allerlei zaken tot onderwerp hebben, die vatbaar zijn voor zoodanige overdragt als de strekking dier overeenkomst is; met andere woorden, die in den handel zijn, alleen dezulken toch kunnen het onderwerp van overeenkomsten uitmaken art. 1368 (2). Dat geldt van onligchamelijke zoo wel als van ligchamelijke zaken, van roerende en van onroerende. Bepaaldelijk geldt het ook niet alleen van individueel, maar ook van enkel ten aanzien der soort bepaalde zaken (art. 1369); en er is zeker geene andere

(1) Verg. hierbij DURANTON, XVI, n. 158 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 188 en v, op art. 1595, n. IV; maar ook TOULLIER, XII, n. 41; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351 2°, bl. 395, n. 2. Zie ook LAURENT, XXIV, n. 41 en v.

(2) In art. 1598 C. N. is uitdrukkelijk gezegd, dat tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation. Die bepaling is bij ons niet overgenomen, maar was ook niet noodig, voor het eene zoo min als voor het andere deel.

overeenkomst, die zoo dikwijls de laatst bedoelde tot onderwerp heeft, als koop en verkoop.

Terwijl volgens art. 1370*a* in het algemeen ook toekomstige zaken het onderwerp eener overeenkomst kunnen uitmaken, is dit ook het geval met koop en verkoop in het bijzonder. Het is dan ook volstrekt niet zeldzaam, dat b.v. een fabrikant lang te voren, en voordat de grond nog met die vrucht bebouwd is, de aardappelen koopt die in den herfst op zeker stuk land gerooid zullen worden, naar zoo veel het mud. De koop is dan onzeker wat de hoeveelheid betreft, en zelfs in zoo ver voorwaardelijk, dat hij zonder gevolg blijft, wanneer de oogst geheel mislukt. Anders is het, wanneer iemand voor een bepaalden prijs de aardappelen koopt, die dat land dit jaar zal opbrengen; zijn koop moge ook dan toekomstige zaken betreffen, waarvan de hoeveelheid onbekend is, de uitkomst te dien aanzien is slechts van invloed op de voor- of nadeelige werking der overeenkomst, niet op haar zelve; zij is zuiver aangegaan en niet voorwaardelijk. En dit is ook het geval, zoo dikwijls iemand eene kans koopt, hetzij deze in betrekking staat met toekomstige of met tegenwoordige zaken, b.v. de palingen die zich in die fuik bevinden (1).

Maar wanneer het onderwerp was eene bepaalde zaak, die op het oogenblik van den koop en verkoop reeds was te niet gegaan, zoo is deze volgens art. 1508*a* nietig. Nietig, niet in den zin van vatbaar voor nietigverklaring, die dan overeenkomstig art. 1490 binnen een bepaalden termijn zou moeten worden uitgelokt; maar als niet geschied. De verkooper is dus tot geene levering, maar ook de kooper tot geene betaling verpligt, en zoo deze den prijs reeds heeft voldaan, kan hij dien als onverschuldigd betaald terugvorderen (2).

---

(1) Verg. hierbij OPZOOMER, B. VIII, bl. 8, n. 3; POTHIER, n. 5; TROPLONG, n. 204 en v.; DURANTON, XVI, n. 95, 171 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351, bl. 395, n. 3; LAURENT, XXIV, n. 99.

(2) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 349, bl. 389, n. 6; MARCADÉ, VI, bl. 215 en v., op art. 1601, n. I; LAURENT, XXIV, n. 88.

De wet spreekt in art. 1508 niet, zooals in het voorgaande, van vergoeding van kosten, schaden en interessen, noch ook van de bekendheid of onbekendheid der partijen met het te niet gaan der zaak. Was dit aan beiden bekend of aan beiden onbekend, zoo komt zeker zoodanige vergoeding niet te pas. Heeft de verkooper, daarmede bekend, te kwader trouw het goed verkocht aan den kooper die er niets van wist, zoo kan hij deswege, als wegens eene onregtmatige daad, tot vergoeding veroordeeld worden. Was het den kooper bekend, den verkooper onbekend, zoo geldt van genen hetzelfde; maar dat dan ook de prijs van hem zou kunnen gevorderd en het betaalde niet door hem terug geëischt worden (1), is zeker niet aannemelijk, daar immers die prijs bij de nietigheid van den koop onverschuldigd was (2).

De wet veronderstelt in art. 1508*a*, dat de zaak, die het onderwerp der overeenkomst uitmaakte, geheel vergaan was; zij laat er in het tweede lid op volgen, hoe het zijn zal wanneer deze slechts voor een deel was te niet gegaan, en veronderstelt daarbij weder dat de kooper dat niet wist. Het onderwerp ontbrak dan niet geheel, maar bestond ook niet in zijn geheel; wat er van over was maakte slechts een deel van het gekochte uit, het was het gekochte niet. Nu is aan den kooper de keus gegeven om òf eenvoudig den koop te laten varen, daarvan af te zien, òf het behouden gebleven gedeelte te vorderen en den koopprijs daarvoor bij vergelijkende waardering te doen bepalen. Er behoeft in het laatste geval geen nieuwe koop en verkoop gesloten te worden; de oude wordt zooveel mogelijk gehandhaafd, de daarbij bedongen prijs blijft tot maatstaf dienen, en er zal bij schatting bepaald worden, hoe veel, met het oog op dien prijs voor het geheel, voor hetgeen overig was gerekend moet worden. Dat kunnen natuurlijk partijen, zoo zij het eens

---

(1) Zoo stond er in de eerste uitgave van mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 45; in de tweede uitg. zijn er eenige woorden uitgevallen, en is daardoor onzin ontstaan.

(2) Anders echter PAULUS, in l. 57, § 2 D. de contr. emptione (XVIII, 1); TROPLONG, n. 253. Zie ook DURANTON, XVI, n. 183.

kunnen worden, zelve bepalen; anders kan de eene zoowel als de andere eene bepaling van den regter uitlokken, die zich daartoe door deskundigen kan laten voorlichten.

De wet veronderstelt ook hier, dat het gekochte reeds vóór den koop gedeeltelijk was vergaan; zoo dit later is geschied, komt niet art. 1508, maar art. 1496 te pas. Hare bepaling is van toepassing, hetzij de koop één enkel voorwerp betrof, of meer voorwerpen, maar te zamen als één geheel. Die toepassing is voorts niet afhankelijk gesteld van de meerdere of mindere grootte of waarde van het gedeelte, dat te niet gegaan was. Art. 1536 zegt, dat de kooper, indien slechts een gedeelte van het goed is uitgewonnen, 'twelk met betrekking tot het geheel zoo aanmerkelijk is dat hij zonder dat gedeelte de zaak niet gekocht zou hebben, den koop kan doen vernietigen, maar heeft dit dus tot zoodanig geval beperkt. Men zou ook voor ons geval zoodanige beperking redelijk en wenschelijk kunnen achten; maar hier ontbreekt zij, en men heeft geen regt om haar op grond van analogie ook hier te laten gelden (1). Het komt mij daarom voor, dat de eenige vraag, waarop het hier aankomt en waarover eene beslissing van den regter noodig zijn kan, deze is, of de overeenkomst tot onderwerp had iets waarvan, toen zij gesloten werd, reeds een gedeelte was te niet gegaan, en dat in geval eener bevestigende beantwoording de kooper van den koop kan afzien, wat daarbij ook zijne beweegreden zijn mag, en de verkooper met de keus van den kooper genoegen moet nemen.

De eigen aard en strekking der overeenkomst van koop en verkoop belet voorts haar werkelijk bestaan, wanneer de zaak reeds aan den kooper toebehoort. Die zaak kan dan door of ten gevolge van haar niet aan dezen overgedragen worden, wat partijen bij de handeling beoogden; deze is dus zonder oorzaak,

---

(1) Anders dacht ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 47, met TROPLONG, n. 252, 254; DURANTON, XVI, n. 184; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), § 349, bl. 389, n. 7. Verg. MARCADÉ, VI, bl. 216 en v., op art. 1601, n. II; LAURENT, XXIV, n. 90. Zie ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 70, n. 1.

en daardoor volgens art. 1371 krachteloos (1). Maar daartoe moet dan ook de zaak, en wel juist dat wat het onderwerp der handeling uitmaakt, reeds aan den kooper toebehooren. De eigenaar van eenig goed, dat een ander in vruchtgebruik heeft, kan wel van dezen het vruchtgenot koopen (art. 819); hij wien eene zaak onder eene opschortende voorwaarde is toegezegd, kan haar wel koopen zoolang die voorwaarde nog niet vervuld is (2).

De wet zegt bovendien in art. 1507, dat koop en verkoop van eens anders goed nietig is enz.; eene bepaling, overgenomen uit den C. N., waar art. 1599 eene behelst van gelijken inhoud. Men kan met grond vragen, of onze wetgever, die ten aanzien van het belangrijke punt der eigendomsoverdragt zoo zeer van het Fransche stelsel afweek, die bepaling wel had behooren over te nemen; in allen gevalle bestaan tegen haar gewigtige bedenkingen (3). Hoe bepaald en algemeen zij ook een koop en verkoop van eens anders goed nietig verklaart, haar verdere inhoud verzet zich tegen eene onbepaalde erkenning dier nietigheid, en andere bepalingen stemmen daarmede kwalijk

---

(1) Verg. hierboven, X, bl. 408 en v., 415 en v.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 173.

(3) Ik bedoel hier niet die, welke indertijd tegen onze bepaling werd aangevoerd, dat ze strijdig zijn zou met die van art. 1399, volgens welke hij, die te goeder trouw iets wat hem niet verschuldigd was ontvangen en weder verkocht heeft, volstaan kan met den koopprijs terug te geven, zoodat dus de verkoop, ofschoon van eens anders goed, geldig is. Die bedenking rustte op eene verkeerde voorstelling. De verkooper had de zaak, ofschoon hem niet verschuldigd, in betaling gekregen, en was daardoor haar eigenaar geworden. Was hij al tot teruggave verpligt, dit was een gevolg der verbindtenis, die door de onverschuldigde betaling tusschen hem en den betaler is ontstaan, maar nam niet weg, dat hij door de betaling eigenaar van de zaak was geworden, en dit was, toen hij haar verkocht, en dat hij dus wel eene zaak tot wier teruggave hij verpligt was, maar niet eens anders zaak verkocht heeft. Verg. over de bedenking en hare beantwoording VOORDUIN, V, bl. 172 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 550 en bl. 623; voorts BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, bl. 173 en v.; NOORDZIEK, I, bl. 46 en v.

overeen. En terwijl wij nu èn op de bepaling van art. 1507 èn op die van andere artt. moeten letten, en deze evenmin om gene als gene om deze mogen veronachtzamen, zullen wij met het oog op alle moeten nagaan, wat omtrent koop en verkoop van eens anders goed als regt geldt (1).

Vooreerst zij opgemerkt, dat de wet, koop en verkoop van eens anders goed nietig verklarende, daarom niet voor de geldigheid der handeling vordert, dat de verkooper eigenaar moet zijn van de verkochte zaak. Dit is volstrekt niet noodig ten aanzien van onbepaalde zaken, fungibele en andere, die alleen naar hare soort en hoeveelheid bepaald zijn; die wel het onderwerp zijn kunnen van eene verbindtenis en van eene handeling die eene verbindtenis schept, maar geen voorwerp van een zakelijk regt, en die, al heeft de verkooper ze niet, en een ander wel, daarom toch als onbepaalde zaken niet die van een ander kunnen zijn (2). De verkooper, als zoodanig tot levering verpligt, kan zich daartoe in staat stellen, des noods door ze te koopen van iemand, die zoodanige zaken heeft en afstaan wil. Wij hebben dus bij art. 1507 te denken aan bepaalde zaken.

Deze opmerking zou niet te pas komen, wanneer ons art. alleen gold voor onroerende zaken; maar al zal zij vooral ten aanzien van deze toepassing vinden, voor eene beperking tot deze bestaat geene aanleiding (3), noch in onze geheel algemeen

---

(1) Verg. daarover o. a. VAN BONEVAL FAURE, in *Opmerk. en Mededeel.*, V, bl. 72—82; G. A. VAN HAMEL, *De nietigheid van den verkoop van eens anders goed*, Leiden 1865; OPZOOMER, A, III, bl. 101—111, 2e uitg., II, bl. 138—145, B, VIII, bl. 54—66.

(2) Verg. hierboven, I, bl. 485.

(3) Wanneer men die mogt meenen te vinden in de rede van den tribun GRENIER, dan lette men nader op hetgeen door hem is gezegd; zie b. v. *C. N. et Motifs*, VI, bl. 92: Au surplus, il est aisé de comprendre que cette disposition législative a principalement trait aux immeubles — *voornamelijk* ziet op, te pas komt bij onroerende zaken — et qu'on ne peut l'appliquer aux objets qui font la matière des transactions commerciales, et qu'il est au pouvoir et dans l'intention du vendeur de se procurer. Dit laatste wijst immers juist op koop en verkoop van onbepaalde zaken, zooals die in den handel dagelijks gesloten worden.

gestelde bepaling, noch ook in den aard der zaak, of in de bepaling van art. 2014. Ik wensch hier niet te wijzen op het tweede lid; maar ook het eerste, naar 'twelk met betrekking tot roerende goederen het bezit als volkomen titel geldt, handhaaft immers slechts het bezit, en komt enkel den bezitter te stade. Bezit nu krijgt men niet, bezitter wordt men niet, door de overeenkomst, ook niet naar den C. N., al ging volgens art. 1583 de eigendom daardoor van regtswege over; daarvoor was ook daar de levering, la délivrance, noodig. Aan eene overeenkomst over roerende zaken, en hare kracht en werking, is art. 2014, even als art. 2279 C. N., ten eenemale vreemd.

Het mag onverschillig geacht worden, of de zaak als die van een ander bepaald persoon verkocht, dan of daarvan niet gesproken is. Zoo ook, of het al of niet aan partijen of aan ééne van haar bekend was, dat zij aan een ander toebehoorde. De wet spreekt niet van nietigheid tot straf voor kwade trouw aan beide of eene van beide zijden, maar verbindt haar aan den koop en verkoop van eens anders goed als zoodanig. Dit is eene zaak naar ons regt ook dan, wanneer zij door den verkooper reeds was gekocht, maar nog niet aan hem geleverd (1), en wanneer hij haar in den tusschentijd weer verkocht heeft, heeft hij eens anders zaak verkocht (2). En dit blijft zoo, ook wanneer zij later aan hem geleverd is; men kan aan dit feit kwalijk eene terugwerkende kracht toekennen (3), hiervoor zou geen grond te vinden zijn in de wet. Tenzij aan den verkoop eene voorwaarde verbonden was, dat de zaak des verkoopers eigendom zal worden, of vóór zekeren tijd zal zijn geworden, in welk geval de terugwerkende kracht van de vervulling der voorwaarde (art. 1297) de toepasselijkheid van art. 1507 uitsluit, maar ook evenzeer zou uitsluiten, wanneer de zaak ten tijde

---

(1) Verg. hetgeen omtrent het verleenen van hypotheek gezegd is, hierboven, VII, bl. 404.

(2) Verg. hierbij ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351, bl. 396 en n. 3; tegen DURANTON, XVI, n. 179; TROPLONG, n. 236; MARCADÉ, VI, bl. 209 en v., op art. 1599, n. VI.

(3) Zie VERNEDE, op art. 1507 B. W., n. 3.

van den verkoop zelfs nog niet door den verkooper gekocht was. Wanneer eene zaak, aan meer personen te zamen toebehoorende, door een der medeëigenaren verkocht is, zoo is zeker, wat de aandeelen der anderen betreft, eens anders zaak verkocht; maar daar de verkoop niet zijn aandeel, noch die der overigen, maar de zaak in haar geheel tot onderwerp had, betrof hij inderdaad ook in zijn geheel eens anders zaak, en geldt ook daarvoor art. 1507; tenzij bij eene later plaats gehad hebbende scheiding de zaak geheel aan den verkooper mogt zijn toegescheiden, in welk geval art. 1129 de handeling in stand kan houden (1).

Koop en verkoop van eens anders goed is nietig, zegt de wet. Zij veronderstelt natuurlijk, dat de verkooper niet als vertegenwoordiger van den eigenaar, of krachtens een eigen regt, met name als pand- of hypotheekhouder, tot den verkoop bevoegd was. Maar al is zoo iets ook niet het geval, toch is de nietig genoemde koop en verkoop niet zonder gevolg (2), en zelfs openbaart zich dit in verschillende opzigten.

Vooreerst kan hij, volgens art. 1507 zelf, tegen denverk ooper grond opleveren tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien de kooper niet geweten heeft dat de zaak aan een ander toebehoorde. Wij merken daarbij op, dat alleen den kooper op zoodanige vergoeding uitzigt is gegeven. Terwijl art. 1599 C. N. eenvoudig zegt: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, en ook bij ons het ontwerp daarmede overeenstemde, werden vervolgens duidelijkheidshalve de woorden „tegen den verkooper" ingelascht (3); zeker niet om aan te duiden, van wien de kooper de vergoeding zou kunnen krijgen, maar om te doen uitkomen, dat hij alleen, en niet ook de verkooper op vergoeding aanspraak zou kunnen maken, ook

(1) Verg. hierbij ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 351, bl. 396 en n. 5; LAURENT, XXIV, n. 108.

(2) Zoo zegt ook art. 1290, dat de daar bedoelde voorwaarden nietig zijn, en dat ze de daarvan afhankelijk gestelde overeenkomst van onwaarde maken.

(3) Zie VOORDUIN, V, bl. 172, n. II.

dan niet, wanneer hij meende de eigenaar te zijn en de kooper beter wist. Deze kan het alleen in het uitdrukkelijk genoemd geval. Maar hij kan ook dan nog niet altijd daarop rekenen. De wet zegt niet, dat de handeling grond oplevert tot vergoeding, die dan toch ook alleen te pas zou komen, wanneer er werkelijk iets te vergoeden viel; maar dat zij daartoe grond kan opleveren (1). En hierop werd indertijd door BEELAERTS VAN BLOKLAND bepaaldelijk gewezen, met de gevolgtrekking, dat er dus ook gevallen kunnen zijn, die daartoe geen grond zouden opleveren (2). Dit zal b. v. aangenomen kunnen worden, wanneer ook de verkooper volkomen te goeder trouw was; het staat nu aan den regter, met het oog op de omstandigheden te beslissen zoo als hem dienstig voorkomt. Dat de kooper, zoo hij den prijs betaald heeft, dien terugvorderen kan, zegt de wet niet, maar behoefde zij ook niet te zeggen, daar, wanneer de verkoop nietig is, de prijs is betaald zonder verschuldigd te zijn.

Verder hebben wij de verpligting tot vrijwaring. Wanneer het verkochte goed geheel of voor een deel wordt uitgewonnen, is de verkooper van regtswege verpligt den kooper daarvoor te vrijwaren, art. 1528. Die uitwinning kan plaats hebben doordien een derde als eigenaar zijn regt doet gelden. De verkooper heeft dan eens anders goed verkocht. De verpligting tot vrijwaring nu komt slechts te pas na de levering van het verkochte; maar de verpligting daartoe vloeit daarom niet uit de levering voort, zij is het gevolg van den verkoop, uit kracht waarvan de verkooper verpligt is tot levering en tot vrijwaring beide; verpligtingen, die in art. 1510 nevens elkander worden genoemd, en voorgesteld, niet als de eene uit de andere voortvloeijende, maar als twee hoofdverpligtingen, die gelijkelijk op den verkooper rusten. Maar diens verpligting tot vrijwaring is zeker moeijelijk overeen te brengen met eene volkomene nietigheid van den verkoop die haar te weeg brengt.

Voorts kan ook koop en verkoop van eens anders goed een bezit ten gevolge hebben, dat volgens art. 2000 door verjaring

(1) Verg. echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 66 en n. 1.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 174; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 46.

eigendom doet verkrijgen van een onroerend goed, eene rente of eene andere niet aan toonder betaalbare inschuld. In het algemeen kan men dat door een aan de eischen der wet beantwoordend bezit gedurende dertig jaren, art. 2000*b*; maar zoo men dat bezit heeft uit kracht van een wettigen titel, behoeft het volgens het eerste lid slechts twintig jaar geduurd te hebben. En onder een wettigen titel hebben wij niet een zoodanigen te verstaan, waaraan niets hapert; trouwens, dan zou men daaraan in verband met de werkelijke overdragt regtstreeks den eigendom ontleenen, en deze niet eerst door verjaring behoeven te verkrijgen. Een wettige titel is eenvoudig een titel tot overgang van eigendom geschikt, zooals art. 1998 zegt; volgens 'twelk zij, aan wie huurders, bewaarders en andere bezitters ter bede het goed bij zoodanigen titel hebben overgedragen, dat goed door verjaring verkrijgen kunnen (1). Die huurders enz. hebben zeer zeker eens anders goed verkocht; wanneer nu evenwel aan dien verkoop en hetgeen daarmede in verband staat een regtsgevolg verbonden is, dan kan hij niet werkelijk nietig zijn. Verjaring komt niet te pas ten aanzien van ligchamelijke roerende zaken, papieren aan toonder daaronder begrepen; met betrekking daartoe geldt bezit als volkomen titel, art. 2014*a*, zijn bezit en eigendom niet onderscheiden, is bezit eigendom. Dat geldt intusschen niet van elk bezit, daartoe is een bezit noodig, dat regtsgevolgen te weeg brengt, een bezit als van een eigen zaak; huurders, leeners en bewaarders zijn door die bepaling niet gedekt. Maar, die van dezulken voor zich eene zaak gekocht en in bezit gekregen heeft, bezit haar als de zijne en is door zijn bezit veilig, en ofschoon hier eens anders goed verkocht is, heeft de koop en verkoop dus wel degelijk een regtsgevolg.

En toch zegt art. 1507, dat koop en verkoop van eens anders goed nietig is. En wanneer men bedenkt, dat dit niet in verband staat met eene in art. 1366 gegronde reden van onbekwaamheid van eene der partijen, die verondersteld mogen worden overeenkomstig art. 1365 volkomen bekwaam te zijn,

(1) Verg. hierboven, VI, bl. 457 en v.

noch met een gebrek der toestemming, die geacht mag worden aan geen gebrek te lijden, maar dat het een gevolg daarvan is, dat de verkooper geen regt had op de zaak, dus ook geen regt daarop kon overdragen, en onbevoegd was tot eene handeling die dit zou teweeg brengen, dan is er geene aanleiding om hier aan vatbaarheid voor nietigverklaring te denken, maar is de handeling volgens art. 1507 in dien zin nietig, dat zij onbestaanbaar is en dus als niet bestaande (1).

Eene bepaling nu van zoodanige strekking mag om hetgeen hierboven is aangevoerd niet geacht worden zonder beteekenis te zijn. En dit behoeft ook niet, daar hetgeen zij zegt nog in verschillende opzigten gevolg kan hebben, aan zijde van de eene zoowel als van de andere partij; die, beiden evenzeer bij den koop en verkoop betrokken, wanneer blijkt dat de verkooper zonder bevoegdheid eens anders zaak verkocht heeft, ook beide gelijkelijk zich op de nietigheid kunnen beroepen. Dit geldt van die van welke de handeling is uitgegaan zoowel, als van die welke haar mede heeft gesloten; van degene die wist dat ze eens anders zaak betrof zoowel, als van die welke, daarvan onbewust, meende mede te werken tot eene volkomen geldige overeenkomst. Eene bepaling als die van art. 1367 bestaat hier niet, en komt ook niet te pas, waar we te doen hebben met eene nietigheid, die, de handeling om haar zelve treffende, door beide moet kunnen worden ingeroepen, opdat geene van beiden genoodzaakt zijn zal in een onzekeren toestand te blijven, totdat de andere goed vindt haar te bestrijden.

Wat nu den kooper betreft, hij kan, zoo hij ontdekt hoe het met de zaak gesteld is vóórdat nog aan de overeenkomst gevolg is gegeven, haar eenvoudig als niet bestaande beschouwen. Hij behoeft de gekochte zaak niet aan te nemen. Hij is ook niet verpligt den prijs te betalen, maar kan eene daartoe strekkende vordering afweren met een beroep op de nietigheid der handeling, op grond waarvan zij is ingesteld. En de zaak is door den

(1) Verg. MARCADÉ, VI, bl. 203 en v., op art. 1599, n. I. Anders echter o. a. LAURENT, XXIV, n. 102 en v., verg. n. 115 en v., 118 en v.

koop niet voor zijne rekening gekomen; zoodat ook wanneer zij verloren of te niet gegaan, beschadigd of minder geworden is, het daardoor ontstane nadeel niet te zijnen laste komt. De verkooper zijnerzijds is tot geen levering gehouden, en kan een daartoe strekkenden eisch bestrijden met een beroep op de nietigheid van den verkoop, behoudens de mogelijkheid zijner veroordeeling tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. En bij gebreke eener bepaling, die grond oplevert voor het tegenovergestelde, mag men aannemen, dat de nietigheid ook niet gedekt wordt, doordien aan den koop en verkoop uitvoering is gegeven, de verkooper de zaak geleverd heeft, de kooper in het bezit daarvan is getreden, den prijs heeft betaald enz., en dat dit ook gelijkelijk geldt aan de zijde der eene en der andere partij; terwijl het daarbij zelfs niet zal afdoen, of het ten tijde dier uitvoering aan partijen of eene van haar al dan niet bekend was, dat er eens anders goed was verkocht. Natuurlijk zal dan met het een ook het ander ongedaan gemaakt moeten worden, de in bezit genomen zaak teruggegeven, de voldane koopprijs terugbetaald enz. Ook zal het feit, dat de verkooper later, op welke wijze dan ook, den eigendom der verkochte zaak bekomen heeft, de handeling niet van kracht doen worden, die, toen zij tot stand kwam, volgens art. 1507 nietig was. Ten aanzien van roerende ligchamelijke goederen zal dan de zaak gemakkelijk door middel eener nadere overeenkomst in orde gebragt kunnen worden. Met betrekking tot andere, met name onroerende zaken, is eene herstelling minder eenvoudig; maar wanneer de kooper in het bezit is getreden en de partijen wederzijds in hetgeen geschied maar krachteloos is blijven berusten, dan zal toch ook de verjaring na verloop van den daarvoor vereischten tijd een vasten en gezonden toestand doen geboren worden.

Tegenover de verkochte zaak staat de prijs, dien de kooper daarvoor zal geven. Zal voor de zaak, die de eene partij zal afstaan, eene andere zaak worden afgestaan door de wederpartij, dan is er geen koop en verkoop, maar ruiling. En wanneer de eene partij zich verbindt om eene zaak te leveren, en de andere om daarvoor iets te doen of iets niet te doen, zoo is er eene even deugdelijke verbindtenis aangegaan door eene geldige

overeenkomst, maar deze is eene die onder geene bijzondere benaming bekend is, en als zoodanig, volgens art. 1355*a*, alleen onderworpen aan de algemeene bepalingen der beide eerste titels van het derde boek; geen koop en verkoop, en niet te beoordeelen naar hetgeen daaromtrent is bepaald. En hetzelfde geldt, waar iemand een onroerend goed, of hetgeen hij bezit, afstaat aan een ander, die zich daarvoor verbindt om hem levenslang te onderhouden (1).

De koopprijs moet bestaan in geld, eene bepaalde geldsom, te voldoen door het daarvoor bij de overeenkomst aangewezen, en bij gebreke van zoodanige aanwijzing door eenig wettig of, met toestemming van den verkooper, ook door eenig ander betaalmiddel. In plaats hiervan kan wel iets anders in betaling gegeven worden, maar, zal er koop en verkoop plaats hebben, dan moet dit niet bij de overeenkomst zijn aangewezen als datgene wat gegeven zal worden voor de afgestane zaak; anders zou er geen koop en verkoop, maar ruiling zijn. Dit geldt b. v. van effecten, die wel, als ze courant zijn, gereedelijk voor geld verkregen en tegen geld van de hand gedaan kunnen worden, maar daarom noch geld noch betaalmiddel, maar zaken op zich zelve zijn, van geheel anderen aard. Dat geldt ook van lijfrenten en altijddurende renten, die ook voor geld verkregen, overgedragen en afgestaan kunnen worden en waarvan verder de verschuldigde termijnen in geld worden uitbetaald, maar die daarom ook weder geen geld zijn, maar andere zaken, in art. 567 2° als zoodanig vermeld en als roerend gequalificeerd (2). Nu kan wel eenig goed voor eene som gelds worden verkocht, met bepaling dat hiervoor een effect geleverd, eene altijddurende rente gevestigd zal worden, en dan hebben wij geene ruiling, doch dan hebben wij ook

---

(1) Verg. LAURENT, XXIV, n. 70.

(1) Anders dacht ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 63. Zie in gelijken zin MARCADÉ, VI, bl. 175 en v., op art. 1591 en v., n. I; LAURENT, XXIV, n. 69. — DURANTON, XVI, n. 119, erkent ook als koop en verkoop den afstand van onroerend goed voor eene hoeveelheid waren.

niet eene enkele, maar eene dubbele overeenkomst van koop en verkoop.

Daarom is het intusschen niet noodig, dat voor het goed uitsluitend geld moet zijn bedongen, zal de overeenkomst een koop en verkoop zijn; dit wordt niet belet, doordien buiten den in geld bepaalden prijs ook nog iets anders afgegeven of iets gedaan of nagelaten zal worden. Wij kunnen toch ook de overeenkomst, die inderdaad ééne is, niet wel splitsen in twee, en deels als koop en verkoop, deels b. v. als ruiling beschouwen, die ten gevolge der bepalingen van art. 1496 en 1581 zeer verschillend werken. Men zal daarom aan hetgeen geschied is òf het een òf het ander karakter moeten toekennen. Daarbij mag de keuze natuurlijk niet naar willekeur worden bepaald. Ook kan het feit, dat koop en verkoop de meest gebruikelijke overeenkomst is, bezwaarlijk als een voldoende grond beschouwd worden, om in den regel aan deze te denken; vooral niet, wanneer men rekening houdt met art. 1509, en daarbij bedenkt, dat wegens de zoo even genoemde bepalingen die opvatting ligt juist in het voordeel van den verkooper zou kunnen zijn. Liever zal men in aanmerking hebben te nemen, of de bedongen geldsom, dan wel de zaak, die nevens haar gegeven zal worden, als de hoofdzaak te beschouwen is, of deze dan wel gene de meeste waarde heeft, of het vooral om deze dan wel om gene te doen was. Natuurlijk komt het hier zoo noodig op het oordeel van den regter aan; maar al zal men bezwaarlijk in een bepaalden regel hem een algemeen geldig en vertrouwbaar rigtsnoer kunnen geven, in de gevallen waarin 's regters beslissing te pas komt, zullen de omstandigheden hem die in den regel zeer gemakkelijk maken, en zeker hoogst zelden redelijken twijfel overlaten (1).

Geen koop en verkoop zonder een prijs, dien de kooper voor het verkochte betalen moet. Het doet niet af, al blijft de

---

(1) Verg. ook POTHIER, n. 30; DURANTON, XVI, n. 117 en v.; TROPLONG, n. 147 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 349, bl. 390, n. 1.

betaling achterwege. De verkooper kan de schuld ook kwijtschelden, zoodat de kooper daardoor tot geene betaling meer verpligt is; en bij gebreke van eenige nadere bepaling in de wet, kan hij dat doen zoo spoedig hij wil, nadat de koop en verkoop tot stand is gekomen; maar dit moet zijn vooraf gegaan, en de kooper moet daardoor tot betaling van den prijs verpligt zijn geweest. Wanneer eene zaak is verkocht voor een bepaalden prijs, met bijvoeging dat deze niet betaald behoeft te worden, dan ontstaat er geen schuld, komt geene kwijtschelding van schuld te pas, maar is er ook geen koop en verkoop aangegaan; misschien is er dan schenking, mits de vereischten daarvoor aanwezig zijn (1).

En er moet zijn een werkelijke, eèn ernstig gemeende kooprijs. Deze behoeft niet in overeenstemming te zijn met de waarde der verkochte zaak, althans daaraan min of meer geëvenredigd. Hij kan te hoog, maar ook veel te laag zijn, en met volkomen bewustheid en vrijen wil kan de eene partij daarbij de andere aanzienlijk bevoordeelen. Terwijl de C. N. in art. 1674 en v., voor het geval dat de verkooper door den voor onroerend goed bepaalden prijs voor meer dan zeven twaalfden benadeeld is, hem het regt geeft, om vernietiging van den verkoop te vorderen, zelfs wanneer hij bij de overeenkomst daarvan uitdrukkelijk afstand had gedaan, zijn ook die bepalingen bij ons niet overgenomen. Maar wanneer, wat de koopprijs heet, zoo gering, zoo nietig is, dat hij als zoodanig belagchelijk is en niet in ernst gemeend zijn kan, wanneer b. v. een huis heet verkocht te zijn voor een gulden, dan is het volkomen redelijk, te zeggen dat er geen koopprijs en dus ook geen koop en verkoop is. Vraagt men naar de grens, die hier tusschen zijn en niet zijn beslissen zal, dan laat zich die zeker kwalijk in een algemeenen regel aanwijzen, maar de regter, die tusschen het een en ander beslissen moet, zal wel niet verlegen behoeven te staan, wanneer hij zich in een bepaald geval afvraagt, of de verkooper werkelijk met het oog op en ter wille van den

(1) Verg. POTHIER, n. 18; DURANTON, XVI, n. 100.

bedongen prijs de zaak heeft willen afstaan, en zonder dien zulks niet zou hebben willen doen (1).

De bepaling van den koopprijs staat in het algemeen natuurlijk aan de partijen. Volgens art. 1501*a* moet hij door de partijen bepaald worden, en volgens art. 1494 moeten deze het ook over den prijs eens geworden zijn, zal de koop en verkoop zijn gesloten. Intusschen is daarom geene onderhandeling tusschen noch eene uitdrukkelijke afspraak van haar noodig, voor het tot stand komen van het contract. Dagelijks worden in onze winkels zoo veel meter, liter of hectogram van deze of gene waar gekocht, zonder dat over den prijs gesproken wordt, omdat deze over en weder bekend is, of anders de kooper stilzwijgend genoegen neemt met den prijs dien de verkooper daarop heeft gesteld, en zoo ook hem in rekening brengt. Intusschen is de waar afgegeven, men kan zeggen dat partijen het niet alleen daarover, maar ook over den prijs eens waren, en men behoeft zeker niet te betwijfelen, dat er koop en verkoop heeft plaats gehad.

En ook wanneer er eene bepaling van den prijs noodig is, behoeft zij juist niet door de partijen zelve te geschieden, gelijk uit art. 1501*a* op zich zelf zou schijnen te volgen. Deze kunnen haar ook door een ander laten doen; in dien zin zegt de wet in art. 1501*b*, dat de koopprijs echter aan de begrooting van eenen derde kan worden overgelaten (2); waarbij niet gedacht moet worden aan eene schatting, die de partijen bij hare bepaling van den prijs tot rigtsnoer dienen zal, maar aan eene werkelijke bepaling, die, door den derde volgens opdragt der partijen in hare plaats gedaan, eene verdere bepaling van dezen

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 34, n. 1; POTHIER, n. 19 en v.; DURANTON, XVI, n. 24, 100 en v.; TROPLONG, n. 149 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 178 en v., op art. 1591 en v., n. III; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 349, bl. 390, n. 1; LAURENT, XXIV, n. 79 en v.

(2) Het komt mij voor, dat men hierbij niet aan eene uitzondering (zie Mr. M. MEES, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, V, bl. 116) noch aan eene tegenstelling (zie OPZOOMER, B, VIII, bl. 36), maar aan eene nadere bepaling te denken heeft.

overbodig maakt (1). De wet voegt er nog bij in art. 1501*c*, dat er geen koop plaats heeft, indien die derde de begrooting niet wil of niet kan doen.

De wet spreekt van eenen derde, in tegenstelling van de partijen zelve of eene van deze; eene opdragt der bepaling van den prijs aan de eene of andere partij, wordt door de wet niet als geldig verklaard, zij brengt geen koop en verkoop, zelfs geene overeenkomst als bron van verbindtenis te weeg. Dat de wet in het enkelvoud van eenen derde spreekt, belet zeker niet, dat de bepaling van den prijs ook wel aan meer dan éénen kan worden overgelaten; mogten dezen het dan niet eens kunnen worden, en ook niet bij meerderheid van stemmen tot een besluit kunnen komen, dan zal art. 1501*c* toepasselijk zijn en geen koop plaats hebben (2). Onder derden hebben wij voorts niet bepaaldelijk met name genoemde personen te verstaan; zij kunnen ook wel op andere wijze, met name door hunne betrekking worden aangeduid, en zoo zal de prijsbepaling gevoegelijk kunnen worden opgedragen, b. v. aan den jongsten makelaar, den notaris, het collegie van schatters; en het zal dan niets ter zake doen, al heeft er ook verandering plaats in de personen, vóór dat aan de opdragt is voldaan. Maar toch denken wij, waar van derden sprake is, van zelf aan bepaalde, op eenige wijze, hoe dan ook, aangewezen personen; en wanneer bedongen wordt, dat de koop en verkoop wordt aangegaan voor eenen prijs, te bepalen door derden, die daartoe op een later

---

(1) Art. 1592 C. N. zegt, dat de prijs peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers, en de vertaling sprak van de uitspraak van eenen derden. Art. 1522 Wetb. v. 1830 sprak, even als art. 9 van het ontwerp (zie NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 220 en v.), van arbitrage en van bepaling. Bij de herziening is dit laatste woord in begrooting veranderd, zonder dat mij bleek waarom. Het laatstgenoemde kwam intusschen ook reeds in het derde lid van het art. van dat Wetb. voor, even als in de vertaling van het laatste gedeelte van art. 1592 C. N., doch niet in de plaats van arbitrage, maar voor: estimation.

(2) Verg. MARCADÉ, VI, bl. 178, op art. 1591 en v., n. II; ZACHARIAË (AUBRY et RAU), I, § 349, bl. 390; LAURENT, XXIV, n. 75.

tijdstip door partijen aangewezen zullen worden, dan komt het mij voor, dat dit niet aan art. 1501*b* beantwoordt, en dat, hetgeen hier wordt toegelaten, niet bestaat, zoolang die als toekomstig voorgestelde aanwijzing niet heeft plaats gehad, en alzoo van een gesloten koop en verkoop geen sprake zijn kan (1).

De overeenkomst, waarbij partijen, die een koop en verkoop willen aangaan, de bepaling van den prijs aan een derde overlaten, is, gelijk elke andere, voor haar verbindend. Wanneer de derde den prijs bepaalt, zijn beide daaraan gebonden, en kan geene van haar dien bestrijden, ook niet op grond van klaarblijkelijke onbillijkheid, maar is de koop voor goed tot stand gekomen (2). En wanneer er ook al vóór de prijsbepaling eene hevige vijandschap mogt zijn ontstaan tusschen den derde en eene der partijen, vind ik geen grond om deze daarom geregtigd te achten, zich tegen zijne bepaling te verzetten, of daaraan hare kracht te doen ontzeggen (3).

Art. 1494 behoeft ook geen beletsel te zijn om die overeenkomst als een koop en verkoop te beschouwen, zelfs voordat de derde nog aan zijne opdragt heeft voldaan; men kan toch zeggen, dat partijen het eens zijn geworden over den prijs zoo wel als over de zaak, wanneer deze zal worden overgedragen voor den prijs dien de derde, krachtens hare opdragt, zal bepalen. Maar er is dan toch nog geen bepaalde prijs, en zonder dezen kan er geen koop en verkoop bestaan. Men spreekt dan ook van een voorwaardelijken koop (4), maar deze

---

(1) Verg. ook LAURENT, XXIV, n. 76.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 116; TROPLONG, n. 158; LAURENT, XXIV, n. 78.

(3) Zie echter DURANTON, XVI, n. 115. Hij wijst er op, dat op zulken grond ook scheidsmannen gewraakt kunnen worden (art. 1014 in verband met 378 9° C. d. P. C., art. 626 in verband met 30 10° W. v. B. R.); maar zoo al het woord arbitrage van art. 1592 C. N. daartoe eenige aanleiding kon geven, met ons woord begrooting is dat niet het geval, en eene uitbreiding bij analogie is zeker bedenkelijk.

(4) Zie o. a. OPZOOMER, B, VIII, bl 37; DURANTON, XVI, n. 110; TROPLONG, n. 155 en v., 160; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 349, bl 390 en n. 4; LAURENT, XXIV, n. 74.

is door partijen van geen voorwaarde afhankelijk gesteld. Eene overeenkomst, waaraan nog een der wezenlijke vereischten van haar bestaan ontbreekt, bestaat daarom niet, en het komt niet te pas haar een voorwaardelijk bestaan toe te kennen, en hare werking te laten afhangen van het onstaan van dat ontbrekend vereischte. En dit geldt ook voor koop en verkoop, zoowel wanneer de zaak bepaald, maar de prijs nog niet bepaald is, als wanneer de prijs die besteed zal worden vaststaat, maar nog bepaald moet worden, wat daarvoor zal worden afgestaan. En ook dit zou aan de bepaling van een derde kunnen worden overgelaten; er is niets wat zulks belet, en zoo de wet niet eveneens ook daarvan spreekt, vindt dit zijne natuurlijke verklaring hierin, dat zoo iets niet gelijk het andere gebruikelijk is.

De overeenkomst, bestemd en gereed om koop en verkoop te worden door de bepaling die aan den derde is opgedragen, is koop en verkoop zoodra die bepaling is geschied. Tot zoo lang is zij het niet, voorwaardelijk zoo min als zuiver. Dit is ook in overeenstemming met de voorstelling der wet, die in art. 1501*c*, gelijk ook in art. 1592 C. N., voor het geval dat de derde de bepaling niet wil of niet kan doen, zegt, niet dat de koop vervalt, maar dat er geen koop plaats heeft, il n'y a point de vente. Moet er van geen voorwaardelijken koop sprake zijn, dan komt ook de vraag niet te pas, of we hier met eene opschortende, dan wel met eene ontbindende voorwaarde te maken hebben (1). Het onderscheid, dat daaraan verbonden zou zijn met betrekking tot de vraag, voor wiens rekening de zaak is, vervalt daarmede ook; en tevens vervalt voor hen, die eene opschortende voorwaarde aannemen, de toepassing van art. 1300. En het gevolg daarvan zal, naar het mij voorkomt, dit zijn, dat, wanneer de zaak, die zeker ten gevolge der overeenkomst niet voor rekening was gekomen van den kooper die nog geen kooper was, intusschen verloren is gegaan, alles uit is; en dat,

(1) Terwijl ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 68, meende aan de eerste te moeten denken, is dit ook de voorstelling van OPZOOMER, B, VIII, bl. 37, maar sprak MEES, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, V, bl. 114 en v., van eene ontbindende.

wanneer de zaak ten deele is vergaan, beschadigd of verminderd, of ook eene verandering ten goede heeft ondergaan, de eene zoowel als de andere partij met grond kan aanvoeren, de eene, dat de zaak, zoo als zij nu is, niet is de zaak die hij heeft gekocht, de andere, dat zij die zaak niet verkocht heeft. En dan vervalt daardoor met een de vraag, of de derde de zaak moet begrooten met het oog op den toestand, waarin zij oorspronkelijk zich bevond, dan wel naar dien, waarin zij later is gebragt; of liever: de derde zal haar moeten begrooten zoo als zij op dat oogenblik is, maar de eene zoowel als de andere partij zal den nu beweerden koop en verkoop kunnen bestrijden, omdat de zaak, zoo als zij nu geworden is, niet het onderwerp is geweest der door haar aangegane overeenkomst.

Wanneer de derde den prijs niet wil bepalen of door overlijden, of eenige andere oorzaak verhinderd werd dat te doen, heeft er geen koop plaats, art. 1501*c*, omdat een der bestanddeelen, die tot het wezen dier overeenkomst behooren, ontbreekt en blijft ontbreken. Partijen kunnen te zamen daarin voorzien, door nu zelve den prijs te bepalen, of dit aan een anderen derde op te dragen; geene van haar beiden kan die bepaling, of de aanwijzing van een derde daarvoor, van den regter ontlokken (1). En wanneer zij wel zijn overeengekomen, dat de prijs door eenen derde bepaald zal worden, maar de benoeming van dezen tot later hebben uitgesteld, en eene van beide dan hare medewerking weigert, kan de andere al weder geene benoeming door de regter vragen, gelijk dit volgens art. 624 W. v. B. R. ten aanzien van scheidsmannen kan. Op zijn best zou uit die weigering, om aan de overeenkomst gevolg te geven, eene verpligting kunnen ontstaan tot vergoeding van kosten, schaden en interessen; maar hiervan kan moeijelijk sprake zijn, en nog moeijelijker het bedrag bepaald worden, waar het geldt het niet tot stand komen van een koop en verkoop, omdat en doordien er geen prijs is bepaald, terwijl toch juist van

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 156; ZACHARIAE, t. a. p., n. 5; LAURENT, XXIV, n. 75.

dezen zou moeten afhangen, of er iets te vergoeden is, en wat (1).

Ten aanzien van den derde zij nog opgemerkt, dat hij wel eens wordt voorgesteld, hetzij als een deskundige, hetzij als een scheidsman, maar dat men beter doet met zich van zoodanige voorstelling te onthouden, en althans daarbij op zijne hoede moet zijn. De derde zal in den regel een deskundige zijn, maar noodig is dat niet; het is voldoende dat hij door partijen is benoemd, en hebben deze door zijne keuze dwaas gehandeld, en zal eene van beide dit misschien tot haar nadeel ondervinden, wat hij bepaalt, is voor haar van kracht. Hij verschilt zeer van den deskundige, door den regter benoemd, althans bestemd om dezen voor te lichten, van wien in art. 101 en v., 222 en v. W. v. B. R. gehandeld wordt; en de bepalingen omtrent dezen, zijn aan onzen derde ten eenemale vreemd, en moeten aan hem vreemd blijven. Deze zal ook iets voor partijen beslissen, even als de scheidsmannen, aan wie de eerste titel van het derde boek W. v. B. R. gewijd is; maar terwijl hij enkel den koopprijs zal bepalen, dien de kooper voor het gekochte goed betalen zal, zullen die scheidsmannen een tusschen partijen bestaand geschil beslissen, en alzoo doen, wat anders het werk van den regter is; de taak dier scheidsmannen is dus een geheel andere dan de zijne, en de bepalingen, die de wet omtrent hen behelst, mogen dan ook volstrekt niet worden toegepast op hem.

De koop en verkoop, eens gesloten, is voor beide partijen verbindend, en kan overeenkomstig de algemeene bepaling van art. 1374*b* niet dan met wederzijdsche toestemming herroepen worden. En hierin wordt geene verandering gebragt, doordien bij het sluiten van den koop een handgift of een godspenning gegeven is; in art. 1500 is uitdrukkelijk bepaald, dat ook dan geene der partijen van den koop kan afzien, hetzij door het laten behouden, hetzij door het teruggeven van de handgift of den godspenning; en dezerzijds ook niet door teruggave van het dubbele, gelijk wij er wel mogen bijvoegen met het oog op art. 1590 C. N. Hier wordt gesproken van eene belofte van

(1) Verg. LAURENT, XXIV, n. 76.

verkoop, en daarvan gezegd, dat, zoo zij geschied is met eene handgift, elke der partijen daarvan kan afzien, die haar gegeven heeft tegen verlies daarvan, en die haar ontving tegen teruggave van het dubbele. Beide bepalingen verschillen, maar strijden daarom niet, omdat ze een verschillend onderwerp behandelen. Waar wij niet met een werkelijken koop en verkoop, maar enkel met eene toezegging daarvan te doen hebben, is het zeer aannemelijk aan eene handgift zoodanige beteekenis en strekking toe te kennen; maar even redelijk is het, dit niet te doen waar de koop en verkoop is tot stand gekomen (1), daartoe zou het gegevene niet eenvoudig als handgift, maar bij wijze van rouwkoop gegeven en aangenomen moeten zijn (2). Wat dan de beteekenis en strekking der handgift zijn zal (3), moet naar de uitgedrukte of op genoegzamen grond aannemelijke bedoeling der partijen beoordeeld worden. Of zij als een voorschot op den koopprijs beschouwd, dan of deze daarom nog ten volle betaald zal moeten worden, is eene vraag, die alleen te pas komt wanneer zij door den kooper gegeven is, maar in geval van twijfel, wegens de bepaling van art. 1509, ten nadeele van den verkooper zal moeten worden beantwoord.

Koop en verkoop kan om gelijke redenen vernietigd of nietig verklaard en zoo ook ontbonden worden, als waarom dat in het algemeen ten aanzien van overeenkomsten en verbindtenissen geschieden kan, maar ook om geene andere. Bepaaldelijk niet op grond van benadeeling. Volgens art. 1674 en v. C. N. heeft de verkooper van onroerend goed het regt om, wanneer hij door de bepaling van den prijs voor meer dan zeven twaalfden benadeeld is, vernietiging van den verkoop te vorderen; maar *onze* wetgever heeft die bepalingen niet willen overnemen. En zoo het al niet ondenkbaar is, dat iemand uit geldverlegenheid

---

(1) Art. 1521 Wetb. v. 1830 luidt: Indien de partijen het nopens het goed en den prijs zijn eens geworden, kan het contract niet *worden* verbroken, uit hoofde dat hetzelve met eene handgift of godspenning is gepaard gegaan, par le motif que des arrhes ont été données.

(2) Verg. daarover hierboven, X, bl 336 en v.

(3) Verg. aldaar, bl. 338 en v.

er toe kan komen, om zijn goed zoo ver beneden de waarde af te staan, de gelegenheid om tegen onderpand geld te bekomen, is toch reeds lang voldoende aanwezig, om voor zoo iets geen redelijke vrees te koesteren. Ligter zou dwang of bedrog daartoe kunnen leiden, maar dan kan de vernietiging op dien grond plaats hebben, en behoefde daarom beschadiging niet als een afzonderlijke grond erkend te worden De mindere zekerheid der eigendommen, die van zoodanige erkenning een gevolg zou zijn, de zwarigheden aan eene procedure daarover verbonden, de moeijelijkheid eener redelijke en deugdelijke beslissing, en verdere bezwaren, hebben onzen wetgever in dezen van zijnen voorganger doen afwijken (1).

Uit kracht der overeenkomst van koop en verkoop, heeft de kooper aanspraak op de zaak, de verkooper op den prijs. Maar terwijl volgens art. 1583 C. N., zoodra partijen het eens zijn over de zaak en de prijs, de overeenkomst voltooid is et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur — quoique la chose n'est pas encore été livrée ni le prix payé, is door onzen wetgever ook daarvan afgeweken, een geheel ander stelsel van eigendomsovergang aangenomen, en in art. 1495 bepaald, dat de eigendom van het verkochte goed niet eer tot den kooper overgaat, dan nadat de levering daarvan geschied is overeenkomstig art. 667, 668 en 671.

De koop en verkoop is een titel van eigendomsovergang, in verband waarmede, ook volgens art. 639, door de levering de eigendom verkregen wordt. Hiervoor is niet noodig, dat ook de koopprijs betaald zij, doch gelijk de verkooper dezen niet van regtswege uit kracht der overeenkomst, maar eerst door de betaling bekomt, zoo doet de overeenkomst ook niet van regtswege de zaak op den kooper overgaan, maar verkrijgt deze haar eerst door de levering. Tot zoo lang blijft de verkooper de eigenaar van het verkochte goed, behoudt hij ook de magt om het te verkoopen of te verruilen aan een ander, het met hypotheek te bezwaren of daarop een ander zakelijk regt te verleenen,

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 145—158; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 51—61, II, bl. 624 en v.

behoudens zijne aansprakelijkheid tegenover den kooper ten gevolge zijner jegens dezen aangegane verbindtenis. Tot zoo lang kunnen ook de schuldeischers van den verkooper het verkochte goed als het zijne in beslag nemen en doen verkoopen. Eerst door de levering komt het in de magt van den kooper, wordt deze geregtigd daarover te beschikken, en krijgen diens schuldeischers het regt om daarop te verhalen wat hun van hem toekomt.

Intusschen is, volgens art. 1496, de verkochte zaak, zoo zij in een zeker en bepaald voorwerp bestaat, van het oogenblik van den koop af, voor rekening van den kooper, al heeft de levering ook nog niet plaats gehad, en heeft, zooals de wet er nog bijvoegt, de verkooper het regt om den prijs te vorderen (1). Ook volgens art. 1273 is bij eene verbindtenis om eene bepaalde zaak te geven, deze voor rekening van den schuldeischer van het oogenblik der verbindtenis af; en in overeenstemming daarmede, bepaalt art. 1480*a*, dat, ingeval de zekere en bepaalde zaak, welke het onderwerp der overeenkomst uitmaakte, vergaat, buiten den handel geraakt, of verloren gaat, zoo dat men van haar bestaan geheel onkundig is, de verbindtenis vervalt, mits dat geschied is buiten schuld van den schuldenaar en zonder dat deze in de levering nalatig was. Maar wat daar volkomen redelijk met het oog op eenzijdige verbindtenissen bepaald is, gelijk, vooral in art. 1273, uit de tegenstelling van den schuldeischer en den schuldenaar blijkt, is in art. 1496 op wederkeerige overgebragt, zoodat de kooper, ook wanneer de zaak minder is geworden, evenwel den prijs ten volle betalen moet, en hij hiertoe ook dan verpligt is, wanneer zij geheel te niet is gegaan, en de kooper, die zich verbond om den prijs voor de zaak te betalen, hiertoe ook verpligt is, wanneer het zeker is dat hij nooit iets daarvoor ontvangen zal. Deze bepaling nu komt mij bedenkelijk voor;

(1) In art. 1517 Wetb. v. 1830 volgden daarop nog de woorden: behoudens de uitzonderingen vastgesteld bij art. 1497 (ons art. 1480). Deze woorden zijn echter bij de herziening weggelaten. Zie hierover VOORDUIN, V, bl. 163 en v.

hard en onbillijk voor den kooper, inconsequent bepaaldelijk met het oog op art. 1581, waar voor het geval van ruiling eene geheel tegenovergestelde bepaling voorkomt, en onredelijk; eene meening, die ik reeds vroeger nader heb ontwikkeld (1).

Art. 1496 spreekt in de veronderstelling, dat de verkochte zaak in een zeker en bepaald voorwerp bestaat. Waar dit het geval niet is, met name waar eenvoudig een zekere hoeveelheid van zaken van eene bepaalde soort verkocht is, geldt hetzelfde niet, en kon het ook kwalijk gelden; het komt hier slechts op de hoeveelheid van zulke zaken aan; wat die zaken zelve betreft, zijn deze even goed als andere, maar ook niet meer dan andere verkocht; en al mogten er van die zaken vergaan, en al trof dit die welke de verkooper voor de levering bestemd had, hij zelf was hierdoor niet verpligt juist die af te geven, en het regt van den kooper werd al vast daardoor niet tot die zaken beperkt, en kon daarom ook niet door het vergaan van deze opgeheven of gewijzigd worden (2).

Wanneer nu niet eenvoudig eene zekere hoeveelheid maar een bepaalde hoop van zoodanige zaken verkocht is, wanneer die goederen verkocht zijn bij den hoop, zooals art. 1498 zegt, zijn ze volgens dit art. voor rekening van den kooper, alhoewel ze nog niet gewogen, geteld of gemeten mogten zijn. De bedoeling is natuurlijk, dat ze voor rekening van den kooper zijn

---

(1) Zie hierboven, X, bl. 79—82. — Daarheen verwijzende, wil ik hier tevens opmerken, dat daar in den eersten regel van bl. 79 door eene drukfout staat: behouden, in plaats van: behoeven.

(2) In navolging van de Duitschers met hun Genuskauf, spreekt men ook al bij ons van genuskoop, en doet daarmede, naar ik meen, door die zamenstelling van een latijnsch met een eigen woord onze taal geweld aan. De uitdrukking is voorts niet in staat om op zich zelve aan te duiden wat bedoeld wordt, en hebben we dat van elders geleerd, dan blijkt hoe weinig gepast zij is. Wat is toch een koop van een genus of geslacht? En kan men gezegd worden een geslacht te koopen, wanneer men eene hoeveelheid goederen koopt van zekere soort van eenig geslacht? De uitdrukking is zeker kort, maar ik betwijfel, of dit eene eigenschap is die alles goed maakt.

van het oogenblik van den koop af, zooals art. 1496 dat zegt van een verkoop van een bepaald voorwerp. En inderdaad is hier ook een bepaald voorwerp verkocht, een hoop goederen, juist die hoop en die hoop in zijn geheel, onafhankelijk van gewigt, getal of maat, en voor een prijs die, evenzeer daarvan onafhankelijk, voor dien koop als één geheel verschuldigd is; dit toch verstaat men onder een koop en verkoop bij den hoop. En wat de slotwoorden van art. 1498 betreft, die misschien voornamelijk bij wijze van tegenstelling tegen het geval van art. 1497 zijn opgenomen, de wet veronderstelt daarin niet juist, dat de goederen nog gewogen, geteld of gemeten zullen worden, maar evenmin dat dit niet zal geschieden. Het is zeer mogelijk dat dit bij de levering zal plaats hebben, vooral in het belang van den kooper, die dan daardoor verneemt hoeveel hij heeft gekregen. Maar voor datgene waarop het hier aankomt doet het niet af, omdat de prijs die betaald moet worden er dezelfde om is, en dus ook wanneer de hoop zonder schuld van den verkooper is te niet gegaan of verminderd, er toch altoos evenals in het geval van art. 1496 een bepaalde prijs is, op betaling en volledige betaling waarvan hij regt heeft.

Een geheel ander geval regelt art. 1497, dat namelijk goederen niet bij den hoop, maar bij het gewigt, het getal of de maat verkocht zijn. De wet veronderstelt den verkoop eener hoeveelheid goederen van een zekere soort of geslacht. Nu kan het zijn dat die goederen alleen naar geslacht of soort, het is ook mogelijk dat ze nog wel nader zijn bepaald, als afkomstig van een bepaalden bodem, als behoorende tot een bepaald geheel, of zelfs als uitmakende dat geheel; het komt er maar op aan, dat ze niet bij den hoop, voor één bepaalden prijs, verkocht zijn, maar bij het gewigt, het getal of de maat, naar zóó veel voor elke eenheid waarmede gewogen, geteld of gemeten wordt. Is nu enkel eene hoeveelheid van zekere goederen verkocht, dan zijn dat even goed deze voorwerpen als gene, en de eerste niet meer dan de laatste, en door het vergaan van zoodanige hoeveelheid is dus nog niet de verkochte vergaan; is deze een deel van een grooter geheel, dan is door het vergaan hiervan ook zij vergaan, en is zij dat geheel zelf, dan

is dit natuurlijk eveneens het geval. Maar daarom kan hier niet gelden, wat voor de gevallen van art. 1496 en 1498 bepaald is; wij kennen immers het bedrag niet van den prijs, dien de verkooper evenwel zal kunnen vorderen. Deze zal eerst door de weging, telling of meting bepaald worden, en daarom kunnen de goederen ook niet van het oogenblik van den koop af voor rekening van den kooper zijn, maar blijven ze volgens art. 1497, dat vooral ook zulke gevallen op het oog heeft, voor rekening van den verkooper, totdat ze gewogen, geteld of gemeten zijn (1).

Hiervoor wordt geene afzonderlijke, op zich zelve staande handeling gevorderd; het kan gevoegelijk bij de levering geschieden, en wanneer deze plaats heeft in tegenwoordigheid van den kooper, die de goederen in ontvangst neemt, of van een ander, daartoe door hem gemagtigd, dan kan zij gevoegelijk gepaard gaan met eene toeweging, toetelling, toemeting der goederen (2). Onze wet spreekt van zoo iets niet, maar enkel van wegen, tellen en meten, en zoo ook de C. N. in art. 1585 en v. van peser, compter, mesurer. Intusschen kan eene eenzijdige weging enz., door of voor den verkooper verrigt, hier bezwaarlijk voldoende zijn; hij zou hierdoor niet eens zelf verpligt worden, om nu juist die afgewogene partij en niet eene andere af te leveren, maar al vast niet haar voor rekening van den kooper doen zijn, noch dezen beletten zich te beroepen op het feit, dat hij niet die partij heeft gekocht, maar eenvoudig eene hoeveelheid van zoodanige goederen, en zelfs niet tevreden behoeft te zijn met de goederen die de verkooper goedvindt hem ter uitvoering van koopcontract toe te zenden (3).

---

(1) Verg. o. a. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 349, bl. 391, n. 4. Zie voorts LAURENT, XXIV, n. 137 en v.

(2) In art. 2421 Ontw. v. 1820 werd dan ook gesproken van: toetelling, toemeting of toeweging. En zoo lezen wij ook in l. 35, § 5, D. de contrahenda emptione (XVIII, 1): si admensa, adpensa, adnumeratave sint.

(3) Dat ten aanzien van enkel naar de soort bepaalde goederen het gevaar niet overgaat door de afzonding eener bepaalde partij, werd ook aangenomen door H. R. 17 Junij 1887, *W.* 5456.

De zaak kan bepaaldelijk tot zwarigheden aanleiding geven, waar kooper en verkooper zich niet op dezelfde plaats bevinden, vanwaar ook de goederen verzonden moeten worden, terwijl daarvoor ook in het W. v. K. geene nadere bepaling voorkomt. Heeft nu de kooper aan een schipper of voerman opgedragen, voor hem de goederen in ontvangst te nemen en in te laden, zoo is deze bevoegd om hem te vertegenwoordigen; maar heeft de verkooper, regtstreeks of door tusschenkomst van een makelaar of expediteur, den voerman of schipper aangenomen, dan kon hij dien niet maken tot een bevoegden vertegenwoordiger van den kooper. Men zal ook moeijelijk in dien schipper of voerman een zaakwaarnemer voor den kooper kunnen zien, die als zoodanig voor dezen optreedt en kan optreden, overeenkomstig de bepalingen van art. 1390 en v. Die schipper of voerman treedt niet op voor den kooper, hij trekt zich de zaken van dezen niet aan; het is hem er niet om te doen, om voor dezen op te treden, voor hem goederen aan te nemen en te vervoeren, noch ook om dit te doen voor iemand, wien het ook mag aangaan. Hij bedoelt eenvoudig werkzaam te zijn in zijn beroep, ten einde voor zich en de zijnen den kost te verdienen; daartoe neemt hij op zich en doet hij wat hem wordt opgedragen, wanneer hij van Archangel rogge haalt voor A, gelijk hij dat doen zou, wanneer hij van Odessa rogge halen moest voor B. Doch zoo iemand moet niet als een zaakwaarnemer voor een ander beschouwd, noch geacht worden dezen als zoodanig te vertegenwoordigen (1). Nu is, voor zoo ver de goederen voor de verzending plegen verzekerd te worden, de vraag eigenlijk maar, wie hiervoor zorgen en de premie betalen zal, en dit laat zich gereedelijk, bij den koop en verkoop of afzonderlijk, bepalen, al zijn partijen nog zoo ver van elkander vewijderd.

(1) Wel plegen ook zij, die den cognoscementhouder als den eigenaar der lading, en de overdragt van het cognoscement als eene overdragt van deze beschouwd willen hebben, nu de leer eener verdichte of symbolische overgave niet meer voldoet, zich op eene zaakwaarneming van den schipper te beroepen, maar naar mijn oordeel ten onregte. Verg. mijn *Handboek voor het Ned. handelsregt*, II, § 54, n. 8, bl. 181 en v., 2e uitg., bl. 185 en v.

Maar zoodanige bepaling is dan ook bij het stilzwijgen der wet alleszins van belang, tenzij een vast gebruik, in verband met art. 1375, haar overbodig mogt maken.

De wet veronderstelt voorts bij art. 1496, dat de koop en verkoop zuiver, immers niet onder eene opschortende voorwaarde is aangegaan. Waar dit het geval mogt zijn, blijft de zaak voor rekening van den schuldenaar, den verkooper, die slechts verbonden is om haar te leveren, wanneer de voorwaarde vervuld is, volgens art. 1300*a*, nader in de volgende leden ontwikkeld.

En dit geldt ook, wanneer de koop en verkoop op de proef is aangegaan, of goederen tot onderwerp heeft, die men gewoon is vooraf te proeven (1), zoodat ook overeenkomstig art. 1383 het beding geacht wordt stilzwijgend in de overeenkomst begrepen te zijn, al is het daarbij niet uitgedrukt. Dan toch wordt volgens art. 1499 de koop en verkoop altijd verondersteld onder eene opschortende voorwaarde te hebben plaats gehad, terwijl hierdoor art. 1300 toepasselijk gemaakt wordt, en dit juist de strekking is van die bepaling, en van het karakter daarin aan dat uitgedrukt of stilzwijgend bedoeld beding toegekend. Mij toch komt het voor, dat deze strekking genoegzaam kenbaar is uit de plaats onzer bepaling, en uit het verband, waarin zij daardoor staat tot de daaraan voorafgaande van art. 1496—1498.

Wij hebben hier zoowel dat proeven als de proef in een zeer ruimen zin op te vatten, in dien van beproeven of proberen, denzelfden waarin art. 1520 Wetb. van 1830 met art. 1588 C. N. spreekt van la vente faite à l'essai, en o. a. art. 339 Allg. Deuts. Handelsges. van Kauf auf Besicht oder auf Probe (2). Partijen zijn het eens over

---

(1) Verg. hierover o. a. OPZOOMER, B, VIII, bl. 20 en v., en Mr. G. H. VAN BOLHUIS, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, XVI, bl. 285—318, XVII, bl. 365—383; door wien in het eerste gedeelte wordt ontwikkeld, wat naar zijne meening als Romeinsch regt over het onderwerp moet worden aangenomen, tot voorbereiding van het tweede, waarin de zaak naar ons regt wordt behandeld.

(2) Zoo ook Das Schweiz. Oblig.-recht, § 269, van Kauf auf Probe oder auf Besicht. — Iets geheel anders is natuurlijk eene toezending op keur of ter bezigtiging; eene eenzijdige daad, die misschien tot een koop en verkoop leiden zal, maar nog niet meer dan een voorstel daartoe is.

de zaak en den prijs, in zoo ver is de koop en verkoop gesloten; doch niet voor goed, maar zoo, dat de kooper nog eerst zal kunnen zien, of de zaak bij nadere kennismaking naar zijn zin is, en zoo dit het geval niet is, niet gebonden zal zijn. Dit zal afhangen, niet van zijnen wil op een later tijdstip, maar daarvan of het gekochte hem bevalt of niet. Wanneer men intusschen in aanmerking neemt, dat in het laatste geval de verkooper geen uitspraak van den regter over de genoegzame deugdelijkheid van het gekochte en over de juistheid van het oordeel des koopers kan uitlokken, en deze dus regtens kan volstaan met te zeggen dat het hem niet aanstaat, ook wanneer het volkomen goed en eigenlijk ook wel naar zijn genoegen is, maar hij liever los wil zijn van den koop, dan kan men zeker ook met grond zeggen, dat het stand houden der werking van dezen inderdaad afhankelijk is gesteld van zijnen wil. En voor mij bestaat hiertegen ook geen bezwaar, ook niet om art. 1292, omdat daardoor de vervulling der verbindtenis niet alleenlijk afhangt van den wil van dengene die zich verbonden heeft, gelijk daar wordt verondersteld, maar slechts van den wil van eene der twee over en weder jegens elkander verbonden partijen, die ook zelve de verbindtenis niet meer wijzigen, maar alleen daarvan afzien kan, terwijl de andere verbonden blijft, zoolang dat niet is geschied (1).

Zoodanige koop wordt volgens art. 1499 altijd verondersteld onder eene opschortende voorwaarde te hebben plaats gehad; en deze veronderstelling is zeer natuurlijk. Hij is niet zuiver, maar onder eene voorwaarde aangegaan, en van deze zal niet de voortduring van zijne kracht en werking, maar zullen die kracht en werking zelve afhankelijk zijn. Intusschen is slechts van eene veronderstelling sprake, en dit brengt mede, dat het ook anders zijn kan, wanneer partijen van eene andere bedoeling hebben doen blijken. En hierbij hebben wij niet zoo zeer aan eene andere qualificatie der voorwaarde te denken, als wel aan eene afwijking van het gevolg daarvan, datgene waarom de

(1) Verg. hierboven, II, bl. 110—112. Zie echter ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 24 en v.

wet die qualificatie heeft uitgesproken. En dan laat zich zoodanige afwijking denken, niet alleen wanneer het beding op grond van het gebruik stilzwijgend wordt aangenomen, maar ook wanneer het uitdrukkelijk is gemaakt (1); waarmede zich zeer wel vereenigen laat, dat hij, die aldus koopt, voor zijne rekening neemt, wat intusschen zonder schuld van eene der partijen aan de zaak mogt overkomen.

Wat een koop en verkoop naar proef, op of volgens monster betreft, onze wet verpligt wel in art. 69 W. v. K. den makelaar, van elke door zijne tusschenkomst aldus verkochte partij goederen het monster te bewaren, maar laat zich daarover te dezer plaatse niet uit. Het A. D. H. zegt daarvan in art. 340: Ein Kauf nach Probe oder Muster ist unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossen, dasz die Waare der Probe oder dem Muster gemäsz sei. Op zich zelf kan dat worden toegestemd, maar omtrent de vraag, voor wiens rekening de waar is, laat zich daaruit kwalijk iets afleiden, vooral bij gebreke van bepaling omtrent den bewijslast ten aanzien der overeenstemming tusschen de waar en het monster; terwijl deze, zoo de partij goederen verloren is gegaan, in het geheel niet, en zoo zij beschadigd werd, b. v. door zeewater, zeer bezwaarlijk beoordeeld kan worden. Ik zou wel genegen zijn ook hier aan eene opschortende voorwaarde te denken, waardoor de werking van den koop afhankelijk werd gesteld van de overeenstemming der goederen met het monster, zoodat, zoolang daarvan niet blijkt, overeenkomstig art. 1300 het verkochte bleef voor rekening van den schuldenaar, d. i. den verkooper, die het leveren moest (2).

---

(1) Verg. echter *Conférence du C. C.*, VI, bl. 6. Verg. voorts LAURENT, XXIV, n. 148 en v.

(2) Het A. D. H. spreekt in art. 341 nog van een Kauf zur Probe, en zegt daarvan, dat deze ist unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes. Het is een gewone koop, waaromtrent ook de gewone regels gelden. Hij wordt aangegaan met het oog op een anderen koop, die er misschien op volgen zal, maar er ook nog geheel op moet volgen, en van welks werking dus nog geen sprake is.

De verkooper heeft volgens art. 1510 twee hoofdverpligtingen, tot levering en tot vrijwaring, en volgens art. 1549 bestaat de hoofdverpligting van den kooper in het betalen van den koopprijs. De wet bespreekt en ontwikkelt die verpligtingen nader, maar laat tevens aan partijen volkomen vrijheid om ze te wijzigen, te beperken, uit te breiden of aan te vullen. De overeenkomst, zooals zij geldig door partijen is aangegaan, strekt ook hier voor haar tot wet, en moet naar haren inhoud, in het algemeen naar de wettelijke regelen van uitlegging opgevat, uitgevoerd worden. Intusschen moet hierbij de bepaling niet onopgemerkt blijven, waarmede de afdeeling „van de verpligtingen der (1) verkoopers" geopend wordt, die van art. 1509, volgens welke de verkooper gehouden is om duidelijk uit te drukken waartoe hij zich verbindt, en alle duistere en dubbelzinnige bedingen te zijnen nadeele uitgelegd worden. Men heeft daarvoor aangevoerd, dat de kooper in de koopovereenkomst altijd wordt aangemerkt als de hoofdschuldenaar, en dat daarenboven niemand de verkochte zaak zoo goed kent als de verkooper, terwijl de kooper daarvan gewoonlijk slechts eene oppervlakkige kennis heeft (2). Het eerste, waarvoor moeijelijk eene reden zou zijn te geven, wordt zeker niet bevestigd door het feit, dat de wetgever eerst van de verpligtingen des verkoopers en daarna van die van den kooper handelt; en wat het tweede betreft, behalve dat het niet alleen volstrekt niet doorgaat, maar het tegendeel zeker menigmalen plaats vindt, heeft de meerdere of mindere bekendheid met de zaak al zeer

---

(1) Dat *der* schijnt als eene misstelling der officiële uitgave beschouwd te worden, zie de uitgaven van LIPMAN (TYDEMAN) en van FRUIN, maar ten onregte. Het woord *der* staat in de Wet van 1 Maart 1825, Sb. n. 19, even goed als in het Wetb. van 1830, en ook reeds in het ontwerp, zie NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 222 en v., nevens het Fransche: *du* vendeur, 'twelk ook in den C. N. staat. De vertaling had: *des*, en is dus onschuldig.

(2) Zie DE PINTO, II, § 868, 5e uitg., bl. 588, 6e uitg., bl. 617; SCHÜLLER, op art. 1509 B. W. Verg. daartegen ook TEIXEIRA DE MATTOS, bij DE PINTO, t. a. p., n. *a*.

weinig te maken, met de uitdrukking der bedingen ten behoeve der eene en der andere partij. Hoe dat zij (1), op zich zelf is de uitdrukking der den verkooper opgelegde verpligting vrij onverschillig, de duidelijkheid der bedingen zal daardoor wel niet winnen, doch ook niet verliezen; maar bedenkelijk is het gevolg, dat de wet er aan verbindt. Met betrekking tot bedingen ten behoeve van den verkooper gemaakt, is dat in overeenstemming met art. 1385; maar waar het beding in het voordeel van den kooper is opgenomen, is onze bepaling met die andere in strijd, zonder dat daarvoor eene deugdelijke reden bestaat (2). Art. 1509 spreekt in zoo ver algemeen, van alle bedingen, tout pacte; en nu vind ik geen vrijheid om het te beperken tot de zoodanige, die de zaak, den prijs en de twee hoofdverpligtingen van den verkooper, levering en vrijwaring betreffen, in tegenstelling van dezulke, waardoor de kooper bijzondere regten voor zich bedongen heeft (3). Men kan het afkeuren, voor zoo ver het afwijkt van art. 1385, maar mag het niet verwringen om het hiermede te doen overeenstemmen, waardoor het zijn eigene beteekenis, maar daarmede ook zijne reden van bestaan verliezen zou. Aan den anderen kant moet echter tevens worden opgemerkt, dat art. 1509 alleen van alle duistere en dubbelzinnige bedingen zegt, dat ze ten nadeele van den verkooper uitgelegd zullen worden. Het behelst niet zelf een regel van uitlegging, maar laat de daaromtrent bestaande van art. 1378 en v., behalve die van art. 1385, in volle kracht. Het moet dus alleen worden toegepast op zoodanige bedingen, die naar de woorden der overeenkomst duister en dubbelzinnig zijn, en dat blijven ook na inachtneming van hetgeen omtrent hare uitlegging is voorgeschreven (4).

---

(1) Verg. ook TROPLONG, n. 256, 260; DURANTON, XVI, n. 186; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 353, bl. 397, n. 5; MARCADÉ, VI, bl. 218 en v., op art. 1602; LAURENT, XXIV, n. 154 en v.

(2) Verg. hierboven, X, bl. 467 en v.

(3) Zie TROPLONG, n. 258; verg. DURANTON, XVI, n. 187; LAURENT, XXIV, n. 155 en v.

(4) Verg. ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 71 en v.

Alvorens over te gaan tot de behandeling van de verpligtingen der eene en der andere partij, zij hier nog gewezen op de bepaling van art. 1502, 'twelk zegt dat de kosten der akten van koop en verkoop, en andere bijkomende onkosten, ten laste van den kooper komen, indien het tegendeel niet bedongen is. Dit kan kwalijk in eenig verband staan met art. 1431, waar de kosten, op de betaling vallende, ten laste van den schuldenaar gebragt zijn (1). Van kosten der betaling is hier al vast geen sprake, en moet de kooper afgeven, den prijs, de verkooper moet even goed afgeven, de zaak; in zoo ver zouden ze beide even goed met de hier bedoelde kosten belast kunnen zijn. In art. 2430*a* Ontw. van 1820 was dan ook gezegd, dat de kosten, op den koop en de levering of overdragt van onroerende goederen vallende, voor rekening zijn van den kooper en verkooper beiden, ieder voor de helft, indien daaromtrent bij de overeenkomst geene andere bepaling tusschen partijen gemaakt is. Toen later onder de vraagpunten van stellig regt gevraagd werd, of, wanneer partijen deswege niets hebben bepaald, de kosten op den verkoop gevallen voor de eene helft door den verkooper, en voor de wederhelft door den kooper zouden worden gedragen, en zoo neen, of dan de kosten ten laste van den kooper zouden komen, werd in den laatsten zin beslist (2), en hieraan hield zich de wetgever. Men kan het eigenlijk onverschillig achten, wat daaromtrent werd bepaald, omdat partijen daarnaar den koopprijs kunnen en ligt ook zullen bepalen; van belang was vooral, dat er een vaste regel bestaat voor het geval dat partijen de zaak niet zelve geregeld hebben, doch dat het hun vrijstaat dit te doen en daarbij van dien regel af te wijken. En wat de wet als regel heeft gesteld, is volkomen redelijk.

Deze spreekt van de kosten der akten van koop en verkoop en andere bijkomende onkosten, en wij kunnen daarvoor met

(1) Zie DE PINTO, II, § 866, 5e uitg., bl. 585 en v., 6e uitg., bl. 614; SCHÜLLER, op art. 1502 B. W. Verg. daartegen TEIXEIRA DE MATTOS, bij DE PINTO, t. a. p., n. *a*; OPZOOMER, B, VIII, bl. 38 en v.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 167 en v.

gelijk regt spreken van de kosten van akten en andere, die met den koop en verkoop in verband staan (1). Wij kunnen daartoe in het algemeen alle kosten brengen, die niet bepaaldelijk de betaling van den prijs betreffen, welke volgens art 1431 ten laste zijn van den kooper, noch de levering van het goed, welke volgens art. 1512 in den regel ten laste van den verkooper komen (2). Bepaaldelijk hebben wij onder de kosten van art. 1502 ook te verstaan die van registratie en overschrijving. En dit moet niet geacht worden in strijd te zijn met art. 1512, 'twelk de kosten der levering ten laste van den verkooper brengt; hier toch wordt, gelijk wij zien zullen, eene geheel andere levering dan de overdragt van den eigendom bedoeld, eene levering, waarmede registratie en overschrijving in geen verband staan. De hierop vallende kosten kunnen als kosten der akte beschouwd worden, maar zijn althans kosten, welke even als die van de akte, op den koop en verkoop betrekking hebben, daarop vallen.

De wet, die in de eerste plaats de verpligtingen van den verkooper bepaalt, zegt in art. 1510 dat hij twee hoofdverpligtingen heeft, om de verkochte zaak te leveren en om haar te vrijwaren. Twee hoofdverpligtingen, waaraan andere, ondergeschikte, door partijen kunnen worden, maar ook door de wet zelve zijn toegevoegd, zoo als omtrent de plaats, den tijd, den omvang der levering enz.

Wat vooreerst de levering betreft, wij vinden daarvan eene bepaling in art. 1511. En hiervoor bestond te meer reden, omdat men in het algemeen — en omdat ook de wet — bepaaldelijk in twee zeer verschillende beteekenissen van levering spreekt, die niet te zeer van elkander kunnen worden onderscheiden, terwijl het verzuim hiervan natuurlijk moet leiden tot misver-

---

(1) Onze wetgever volgde de officiële vertaling van art. 1593 C. N., 'twelk zelf spreekt van les frais d'actes et autres accessoires à la vente, en waarmede de Fransche tekst van art. 1523 Wetb. v. 1830 overeenstemt.

(2) Verg. hierbij OPZOOMER, B, VIII, bl. 38, n. 1.

stand en verkeerde voorstellingen. Er wordt van levering gesproken in den zin van overdragt, eigendomsoverdragt, opdragt, zooals de wet in art. 639 en 671 zegt, dit woord blijkbaar bezigende als synoniem met levering, terwijl de Fransche tekst van art. 679 Wetb. van 1830 voor die twee ook maar één woord heeft; en het is niet twijfelachtig, dat in art. 667—671, die met dat art. 639 in regtstreeksch verband staan, het woord levering ook in dien zin voorkomt. Wanneer wij daarentegen in art. 1586 lezen, dat de verhuurder verpligt is het verhuurde aan den huurder te leveren, en daarbij bedenken dat huur en verhuur geen titel van eigendomsovergang is, dan is het evenmin twijfelachtig, dat daar het woord leveren iets anders moet beteekenen; dat het in verband staat daarmede, dat volgens art. 1584 de verhuurder zich verbindt om aan den huurder het genot der zaak te doen hebben, en dat leveren daar eenvoudig beduidt: afgeven, overgeven, afleveren, voor het gebruik beschikbaar stellen. In dezen zin wordt ook in art. 1271 en v. en op vele andere plaatsen van het B. W., en met name ook in den titel van koop en verkoop van leveren en levering gesproken. Het is alleszins van belang bij het bovenstaande op te merken, dat wij, voor de enkele uitdrukking onzer wet, in den C. N., en niet minder in den Franschen tekst van het Wetb. van 1830, twee ook in den vorm geheel verschillende aantreffen; daar toch wordt van tradition gesproken, waar onze wet spreekt van levering in den zin van overdragt, en daarentegen van livrer, délivrer, délivrance in den anderen zin van afgeven, afgifte enz. En terwijl de vergelijking van dien Franschen tekst, waarin de wetgever natuurlijk hetzelfde wilde uitdrukken als in den Nederlandschen, hierom in het algemeen voor het regt verstand onzer bepalingen, voor zoo ver die bij de herziening niet veranderd zijn, van zeer wezenlijke waarde is, zal men ook hier, bij de vraag naar de beteekenis van het woord levering op eene bepaalde plaats, met zeer vertrouwbaar gevolg dien tekst kunnen raadplegen.

Wat die tweeërlei levering betreft en de noodzakelijkheid harer onderscheiding, men zou echter kunnen meenen reden te hebben om daaraan te twijfelen, met het oog op een feit

uit de geschiedenis der bewerking van ons Wetboek, dat opmerking verdient. Terwijl volgens art. 1583 C. N. la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès etc., spreekt art. 1603 aldaar ook des verkoopers verpligting uit om te leveren (délivrer), en wordt in art. 1605—1607 bepaald, op welke wijze die verpligting wordt vervuld. Nu werd indertijd gevraagd, waarom die bepalingen hier niet waren overgenomen, en daarop door de Regering verwezen naar die van art. 667 en v., in den titel van eigendom, waar de wijze van levering voor onderscheiden gevallen beschreven wordt, en die stof, als niet alleen in geval van verkoop, maar van algemeene toepassing, te huis behoorde (1). Alsof er maar éóne levering te pas kwam, gelijkelijk voor koop en huur of waarvoor ook. Die bepalingen van art. 667 en v. zijn zonder twijfel algemeen, en gelden voor elke overdragt van eigendom (tradition), zoodat ook in art. 1495 gevoegelijk daarop kon worden gewezen, maar daarom passen ze niet ook voor afgifte eener zaak voor een ander doel (délivrance). En het gezegde der Regering kan aan de zeer natuurlijke en door de wet erkende tegenstelling niets van hare kracht ontnemen; wij kunnen ons slechts verwonderen over de mogelijkheid van zoodanige verwarring van begrippen, en over de berusting waarmede zij is opgenomen.

Nu heeft ten aanzien van sommige zaken, en wel van die welke het meest een voorwerp van koop en verkoop uitmaken, van roerende ligchamelijke zaken, de eene zoowel als de andere levering op dezelfde wijze plaats. Van zulke zaken toch heeft volgens art. 667*a* de levering, de overdragt, plaats door de enkele overgave daarvan, of van de sleutels van het gebouw waarin ze zich bevinden, terwijl zoodanige overgave, volgens art. 667*b*, niet vereischt wordt, wanneer hij, die de zaak verkrijgen zou, haar reeds uit kracht van een anderen titel in zijne magt heeft; en in het eene zoo wel als in het andere geval is voor de aflevering niets anders noodig. De Fransche

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 175; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 551. Verg. ook BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, bl. 176, NOORDZIEK, I, bl. 47.

tekst van art. 707 Wetb. van 1830 zeide dan ook, dat la tradition à l'égard des biens meubles — s'opère par la seule délivrance de l'objet, en dat la délivrance n'est pas nécessaire si etc. Maar dit geldt niet van alle zaken; bepaaldelijk niet van onroerende, ten aanzien waarvan volgens art. 671 de levering of opdragt geschiedt door de overschrijving der akte in de daartoe bestemde openbare registers, terwijl deze voor de afgifte of aflevering natuurlijk niets beteekent of uitwerkt. En daarom was het volstrekt niet overbodig, maar wel degelijk van belang, dat de wetgever nader te kennen gaf, wat hij bedoelde, toen hij in art. 1510 den verkooper verpligtte de verkochte zaak te leveren.

Daarvoor nu moet art. 1511 dienen, 'twelk zegt dat „de levering" — en blijkens het verband hebben wij hier natuurlijk te denken aan de levering in het voorgaand art. bedoeld — „is eene overdragt van het verkochte goed in de magt en het bezit van den kooper;" eene daad dus, waardoor dat goed in die magt en dat bezit komt of gesteld wordt. Intusschen bestaan omtrent den zin dier bepaling verschillende voorstellingen, en aanleiding daartoe is ten deele in haar zelve, maar voornamelijk buiten haar te vinden. Wij zullen om die reden daarbij nader moeten stilstaan. Daaruit zal ons, geloof ik, tevens blijken, vooreerst, dat zij volstrekt niet is eene bepaling van enkel leerstelligen aard, die daarom zonder nadeel in de wet gemist kon worden en beter achterwege ware gebleven; en verder, dat zij volstrekt niet is misplaatst, dat zij niet te huis behoorde bij die van art. 667 en v., dat dit voor haar eene onmogelijke plaats zou zijn, die slechts tot misverstand of onzin zou kunnen leiden (1).

Het is niet onnatuurlijk, dat men met het oog op koop en verkoop, die immers een titel is van eigendomsovergang, zoo niet alleen, dan toch in de eerste plaats en voornamelijk denkt aan overdragt van het verkochte in den eigendom van den

(1) Zie echter het een en het ander beweerd door DE PINTO, II, § 870, 5e uitg., bl. 589, 6e uitg., bl. 617 en v. Zie ook Mr. N. OLIVIER, in *Themis*, VII, bl. 350 en v.

kooper (1). Intusschen moet bij art. 1511 daaraan niet slechts niet alleen, maar in het geheel niet gedacht worden (2). De zin onzer bepaling laat zich gereedelijk kennen uit den C. N., waaruit zij is overgenomen en met welks art. 1604 zij geheel overeenstemt. Daar nu volgens den C. N., art. 1138, 1583, de eigendom van zelf overgaat uit kracht van den koop en verkoop, zoodra deze tot stand gekomen is, kan art. 1604, dat trouwens ook spreekt van la délivrance, terwijl ook art. 1603 spreekt van de verpligtingen de délivrer en de garantir, onmogelijk eene verpligting van den verkooper tot overdragt van den eigendom bedoeld hebben. En nu ligt de gevolgtrekking daaruit voor ons voor de hand. Want al kan men wel eens met grond opmerken, dat, waar twee hetzelfde zeggen, hetgeen zij zeggen daarom nog niet hetzelfde is, om zich ten aanzien van een bijzonder punt daarop met regt te kunnen beroepen, heeft men niet genoeg aan de mogelijkheid van zoo iets, maar moet daarvoor te dien aanzien een bijzondere grond aangevoerd kunnen worden; en het gaat zeker niet aan, waar twee spreken van délivrance, wat in den Franschen tekst van ons Wetb. van 1830 even goed als in den C. N. het geval is, aan te nemen dat délivrance slechts voor den een délivrance is, maar voor den ander tradition. Letten wij nu op de woorden van art. 1511, dan zou men op zich zelf bij overdragt in de magt aan die van den eigendom, en bij overdragt in het bezit aan de aflevering kunnen denken. Maar dit stuit ook al af op art. 1604 C. N., dat eveneens spreekt van transport dans la puissance et possession, terwijl

---

(1) Verg. o. a. DE PINTO, t. a. p.; OLIVIER, in *Themis*, VII, bl. 348 en v., VIII, bl. 33—54.

(2) Verg. o. a. GOUDSMIT, in *Themis*, VII, bl. 497 en v.; Mr. VAN GORKUM, in *Themis*, VIII, bl. 20—33; Mr. J. J. CREMERS, in *Opmerk. en Mededeel.*, II, bl. 225—251, III, bl. 226—264; V. B. FAURE, in *Ned. Jaarb. v. R. en W.*, IX, bl. 308 en v., 327, en *Opmerk. en Mededeel.*, III, bl. 309 en v., *N. R. B.*, XII, bl. 12 en v., 33 en v.; OPZOOMER, A, III, bl. 111, 2e uitg., II, bl. 145 en v., B, VIII, bl. 77 en v., die wat de kooper wenscht in drie deelen onderscheidt, en daarmede te rade gaat bij de behandeling van art. 1511.

daar toch beide woorden even vreemd moeten zijn aan eigendomsoverdragt. Bovendien komt ook elders in onze wet het woord magt voor als synoniem met bezit, zooals bepaaldelijk blijkt uit art. 585, 594 en 667*b*. En wat hier omtrent den zin en de strekking van art. 1511 is gezegd, wordt volkomen bevestigd door de daarop volgende bepalingen. In art. 1512 worden de kosten der levering tegenover die der weghaling gesteld, en ten laste van den verkooper gebragt, terwijl de kosten der akte en andere bijkomende kosten, waartoe ook die der registratie en der overschrijving behooren (1), volgens art. 1502 ten laste van den kooper komen. Bij art. 1513 kan men niet wel aan eene andere plaats dan die der aflevering denken. Art. 1514—1517 wijzen eveneens op die levering. En art. 1518 en v., die blijkbaar bepaaldelijk op onroerende goederen zien, hebben slechts een redelijken zin, wanneer men aan de feitelijke aflevering denkt, en kunnen bij eene levering, die door overschrijving der koopakte geschiedt, bezwaarlijk toepassing vinden. Wanneer wij nu op dat een en ander letten, dan wordt ons dunkt mij duidelijk, wat we volgens art. 1511 onder de levering te verstaan hebben, waartoe art. 1510 den verkooper verpligt, en dan kan die bepaling vooral in onze wet, die tweeërlei levering kent en onderscheidt, volstrekt niet als eene louter leerstellige en geheel nuttelooze beschouwd worden. Ten gevolge der overdragt zou de kooper, als daardoor eigenaar geworden, zijn regt tegen elkeen, ook tegen iederen derde, kunnen doen gelden, gelijk hij dat naar den C. N. eveneens kon uit kracht der wet, die bij het tot stand komen van den koop den eigendom van regtswege op hem deed overgaan; maar men heeft niet gewild, dat zoo iets al aanstonds voor hem noodig zou zijn. Daarom heeft men den verkooper tot levering, délivrance, verpligt, en de reden hiervoor was bij het stelsel onzer wet dezelfde als bij dat van den C. N.

Maar als het gezegde waar is, dan is den verkooper geen overdragt van den eigendom tot pligt gesteld, ofschoon koop en verkoop toch een titel van eigendomsovergang is, en er toe

---

(1) Zie hierboven, bl. 210.

dient te leiden dat de kooper eigenaar wordt! Dit kan vreemd gevonden worden, maar is toch, geloof ik, niet zeer bedenkelijk. Ten aanzien van ligchamelijke roerende zaken, met inbegrip van papieren aan toonder, geschiedt die overdragt door de enkele overgave van het verkochte (art. 667*a*), waartoe de verkooper volgens art. 1510 en 1511 verpligt is; aan deze verpligting kan hij niet voldoen, zonder die overgave, waar die noodig is; en waar hij nu verpligt is verklaard tot die levering, welke de andere van zelf medebrengt, behoefde hij zeker niet ook nog eens tot deze verpligt verklaard te worden. De levering of opdragt van onroerende zaken geschiedt door de overschrijving der akte in de daartoe bestemde openbare registers (art. 671*a*), maar nergens is bepaald, door wien die overschrijving moet en alleen kan worden uitgelokt. En terwijl het met betrekking tot roerende zaken alleszins redelijk en voor de maatschappelijke orde wenschelijk is, dat ze door den verkooper moeten worden afgegeven, en dat de kooper, die door zijn koop nog slechts een persoonlijk, geen zakelijk regt verkregen heeft, ze niet eigenmagtig kan wegnemen of laten wegnemen, was er niet eveneens reden om ook bepaaldelijk den verkooper met de zorg voor de overschrijving te belasten, en deze alleen door zijne bemoeijing mogelijk te maken. Die overschrijving toch is niet mogelijk zonder eene akte, die overgeschreven moet worden (1). Zoodanige akte komt niet zonder zijne medewerking tot stand; en is zij eenmaal tot stand gekomen, dan kan ten gevolge daarvan, tot bereiking van het doel, de overschrijving plaats hebben, niet uit kracht van den koop en verkoop, maar uit kracht van het bestaan der akte zelve; en het kwam niet te pas nog eens eene nieuwe werkzaamheid van den verkooper te vorderen voor de overschrijving, die hij zelf door zijne medewerking tot de akte mogelijk heeft

---

(1) Verg. hierboven, VI, bl. 110 en v. Zie in dien zin ook L. VAN ROSSEM, *Kan de verkooper van onroerend goed naar analogie van art.* 1217, *al.* 3, *B. W.*, *tot de levering gedwongen worden?* Utrecht 1883. — Anders ook Hof Leeuwarden 21 Februarij 1881, *W.* 4652.

gemaakt (1). De levering van schuldvorderingen en andere onligchamelijke zaken geschiedt volgens art. 668*a* door middel eener authentieke of onderhandsche akte, waarbij de regten daarop aan een ander worden overgedragen, en die weder niet buiten den verkooper om tot stand kan komen. Buiten of nevens die akte is er voor de overdragt niets noodig (2); en wat volgens art. 668*b* verder te pas komt, om haar gevolg te doen hebben ten aanzien van den schuldenaar, kan weder geheel buiten den verkooper om geschieden; de beteekening, waarvan daar sprake is, kan even goed van wege den kooper als van hem plaats hebben (3). En zoo was dus ten aanzien der verschillende soorten van zaken, waarvan in art. 667, 668 en 671 sprake is, geene behoefte aan eene bepaling, waarin de verkooper belast werd met de overdragt.

Intusschen was er wel aanleiding om hem uitdrukkelijk te verpligten, te doen wat zijnerzijds noodig is tot het opmaken der akten, die volgens art. 668 en 671 vereischt worden. Maar dat zulks niet geschied is, veroorzaakt toch geene wezenlijke zwarigheid, en onthoudt den kooper geen regt, waarop hij als zoodanig aanspraak heeft. Volgens art. 1375 verbinden overeenkomsten niet alleen tot datgene wat daarbij uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot al wat naar den aard der overeenkomst door de wet gevorderd wordt; en die algemeene bepaling geldt ook bij koop en verkoop. Nu kan, geloof ik, niet wel met grond betwijfeld worden, dat, waar de wet voor de overdragt, die toch de strekking dezer overeenkomst is, eene akte noodig maakt, partijen over en weder ten gevolge daarvan ook verbonden zijn om voor het tot stand komen dier akte te doen, wat harerzijds daartoe noodig is. Doet ook de verkooper dat, dan ontstaat de akte die de kooper noodig heeft; doet hij dat

---

(1) Verg. hierboven, VI, bl. 108 en v. Anders echter Mr. R. A. J. COLENBRANDER, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, X, bl. 583 en v.

(2) Verg. hierboven, VI, bl. 98 en v.

(3) Verg. hierboven, VI, bl. 98. Art. 1691 C. N. zegt ook uitdrukkelijk: si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au debiteur etc.

niet, dan kan deze hem deswege in regten roepen op grond van art. 1375, gelijk hij dat anders zou hebben kunnen doen op grond eener uitdrukkelijke bepaling, met name die akte betreffende. De medewerking hiertoe afdwingen, zou hij uit kracht eener bijzondere bepaling evenmin kunnen, als hij het kan uit kracht der algemeene; en vergoeding van kosten, schaden en interessen, het eenige wat de kooper, die naar ons regt door den koop op zich zelf geen zakelijk regt bekomt, kan vorderen wanneer de verkooper niet aan zijne verpligtingen voldoet, kan uit kracht der algemeene bepaling even goed door hem gevorderd worden. — En wat hier omtrent de voor het doel noodzakelijke akte gezegd is, mag geacht worden evenzeer te gelden, waar de verkooper weigert of nalaat te doen, wat zijnerzijds gedaan moet worden voor de overdragt van inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld, of van op naam staande aandeelen in maatschappijen, waarvan in art. 669 gesproken is (1).

De wet heeft omtrent de levering, waartoe zij den verkooper verpligt verklaart, in verscheidene nadere bepalingen bijzondere punten geregeld, daartoe betrekkelijk. Intusschen vinden wij daaronder geene, die zegt wat tot die levering vereischt wordt, en de wijze bepaalt, waarop zij moet geschieden. Dit zou op zich zelf bevreemdend zijn, wisten wij niet dat het een gevolg is van een schromelijk misverstand, en van den waan, dat bepalingen, zoo als de C. N. die in art. 1605—1607 behelst, bij ons te dezer plaatse niet opgenomen behoefden te worden, omdat die reeds voorkomen in den titel van eigendom, art. 667 en v., waar intusschen van eene geheel andere levering sprake is (2). Terwijl nu die levering ten aanzien van ligchamelijke roerende zaken geschiedt door hare overgave, hebben wij daarvoor aan art. 667 genoeg. Maar kennelijk is dat niet het geval met art. 671 ten aanzien van onroerende zaken; wat baat de overschrijving der akte voor het bezit? Volgens art. 1605 C. N.

(1) Verg. hierboven, VI, bl. 102 en v.

(2) Zie hierboven, bl. 212.

is de verpligting tot aflevering van onroerend goed aan zijde van den verkooper vervuld, wanneer hij de sleutels, als het een gebouw betreft, of wanneer hij de titels van eigendom heeft overgegeven. Was nu deze bepaling in overeenstemming met den aard der zaak, dan zou het feit, dat zij bij ons niet is overgenomen, vooral in verband met hetgeen hiertoe heeft geleid, ons niet behoeven te beletten, haar ook voor ons te laten gelden. Maar al heb ik als kooper de eigendomstitels in handen, dan mag ik daarmede gewapend mijn regt op het bezit kunnen doen gelden, men heeft juist den verkooper de verpligting tot levering opgelegd om zoo iets voor den kooper onnoodig te doen zijn, en die titels verschaffen mij immers het bezit van het gekochte goed niet. En de afgifte der sleutels moge voor het bezit van of de magt over het gebouw voldoende kunnen zijn, wanneer dit niet door anderen bezet is, het is dat toch ook alleen onder die voorwaarde. De verkooper kan met de afgifte der sleutels volstaan, wanneer de kooper daardoor de volle magt heeft over het gebouw; maar als dit het geval niet is, dan moet de verkooper zoodanigen toestand doen ontstaan; de kooper kan vorderen, dat hij dit doen en anders tot vergoeding veroordeeld worden zal (1). — Ten aanzien van onligchamelijke zaken, van regten, geschiedt volgens art. 1607 C. N. de levering òf door de overgave der titels, òf door het gebruik dat de kooper er van maakt met toestemming van den verkooper. Nu kan echter levering, eene daad waartoe de verkooper verpligt is, kwalijk gezegd worden te geschieden door eene daad van den kooper, al wordt daarbij ook zijne toestemming gevorderd; gelukkig is zeker in het algemeen de redactie van die bepaling niet (2); maar met deze hebben wij ook niet te maken. Wat ons regt betreft, komt het mij voor, dat buiten hetgeen volgens art. 668*a*. voor de overdragt is gevorderd, voor de levering, waartoe art. 1510 den verkooper verpligt, nog de betee-

(1) Verg. LAURENT, XXIV, n. 160 en v.

(2) Verg. LAURENT, XXIV, n. 168. Terwijl in art. 1604—1606, 1608 en v. van délivrance sprake is, spreekt art. 1607 van: la *tradition* des droits incorporels.

kening noodig is, waarvan art. 668*b* spreekt, voor zoo ver zij niet door eene aanneming of erkenning van den schuldenaar onnoodig wordt gemaakt (1). Inderdaad is de inschuld eerst in de magt en het bezit van den kooper, wanneer deze zijn regt tegen iedereen en, onafhankelijk van iets anders, ook tegen den schuldenaar kan, doen gelden, en de verkooper moet maken dat hij dat kan, zonder zelf zich daartoe in staat te moeten stellen. En is de kooper ten gevolge der overdragt ook zelf bevoegd om voor de beteekening te zorgen, dit neemt volstrekt niet weg, dat de verpligting daartoe op den verkooper rust. Deze is daartoe verpligt, en moet dan ook de kosten daarvan dragen (art. 1512); de kooper kan dus ook de vervulling dier verpligting van hem vorderen. Maar de kooper kan, zoo hij dat liever wil, of misschien ter verzekering van zijn regt wenschelijk acht, ook zelf de zaak in orde brengen. Dit een en ander is zeker volstrekt niet met elkander in strijd; en de kooper kan, zoo hij ook dat niet liever laten wil, in het laatste geval de kosten op den verkooper verhalen.

De kosten toch van die levering zijn volgens art. 1512 ten laste van den verkooper. Men kan hierin eene toepassing zien der bepaling van art. 1431, volgens welke de kosten, op de betaling vallende, ten laste komen van den schuldenaar. De levering toch is voor den verkooper eene voldoening aan de verpligting die op hem rust, eene betaling; en het is volkomen redelijk, dat hij, die tot die levering verpligt is, er ook de kosten van moet dragen.

Heeft de koop en verkoop goederen tot onderwerp, die bij de aflevering geteld, gewogen of gemeten moeten worden, dan moet de verkooper ook daarvan de kosten betalen. Moet het goed afgeleverd worden op eene andere plaats dan waar het zich bevindt, dan moet de verkooper het op zijne kosten daarheen doen vervoeren. Zijn deswege regten van in-, uit- of doorvoer te betalen, dan zijn die voor zijne rekening. Is het goed in het bezit van een ander, die daarvan ontzet moet worden, in het algemeen wanneer er maatregelen noodig zijn

(1) Verg. V. B. FAURE, in *Ned. Jaarb. v. R. en W.*, IX, bl. 309 en v.

om den verkooper tot de vervulling zijner verpligting in staat te stellen, zoo moet hij de kosten dragen (1).

Maar wanneer de verkooper aan zijne verpligting heeft voldaan, dan heeft hij ook met verdere kosten niet te maken. Art. 1512 laat op het voorgaande uitdrukkelijk volgen, dat die der weghaling ten laste van den kooper komen. Wij hebben daaronder weer alle kosten te verstaan, die vallen op de overbrenging der goederen van de plaats der aflevering naar die waar de kooper ze wil hebben, voor het inpakken, den vervoer, de verschuldigde regten enz.; kosten van hetgeen de kooper laat geschieden, en die niet gemaakt zouden worden, wanneer hij de goederen niet wilde hebben op eene andere plaats, dan waar ze hem zijn afgeleverd.

De wetgever heeft natuurlijk slechts een regel willen stellen omtrent de regten en verpligtingen der partijen wat de kosten betreft, maar hen daardoor niet aan dien regel willen binden. Hij laat dan ook zelf aan het slot zijner bepaling de woorden volgen: zoo niet het tegendeel bedongen is. En het is niet twijfelachtig, dat deze op al het voorgaande terugslaan, zoowel op hetgeen de kosten der levering, als op wat die der weghaling betreft. Maar voor eene afwijking van den regel is nu ook een bepaald beding noodig. En zoo al ten aanzien van sommige kosten naar plaatselijke gebruiken iets anders geldt, meen ik zwarigheid te moeten maken, om in te stemmen met hen, die meenen, dat dan ook die gebruiken te dien aanzien de regten en verpligtingen der partijen bepalen (2). Het komt mij voor, dat dit geen grond vindt in art. 1375 (art. 1135 C. N.). Gewoonte, gebruik, geeft geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst, zegt art. 3 A. B.; en dit is hier niet geschied. Wij hebben hier voorts niet te doen met iets wat naar den aard der overeenkomst, hier het koopcontract, door het gebruik gevorderd wordt. En, wat vooral in het oog gehouden moet

---

(1) Verg. POTHIER, n. 42 en v.; TROPLONG, n. 288; DURANTON, XVI, n. 193; MARCADÉ, VI, bl. 227, op art. 1608 en v., n. I; LAURENT, XXIV, n. 169.

(2) Zie DURANTON, XVI, n. 195; TROPLONG, n. 288; MARCADÉ, t. a. p.

worden, art. 1375 strekt tot regeling van datgene, waarover partijen zich niet hebben uitgelaten en wat daardoor nu niet uitdrukkelijk geregeld is, waarvoor het daarom aankomt op de vermoedelijke bedoeling der partijen, die gevoegelijk uit het plaatselijk gebruik kan worden afgeleid. Het levert geen grond op, om al wat het gebruik medebrengt te beschouwen als stilzwijgend in de overeenkomst begrepen, en het als zoodanig tusschen partijen te doen gelden, ook in weerwil van de wet, die de zaak anders heeft geregeld. En een gebruik omtrent iets waarover partijen zich niet hebben uitgelaten, mag niet gelijkgesteld worden met een beding, waardoor van de wet kan worden afgeweken.

Art. 1512 ziet natuurlijk op de kosten der levering, waartoe volgens art. 1511 de verkooper verpligt is. Wanneer nu dezelfde daad met het bezit tevens den eigendom overdraagt, is dit geen reden om de kosten althans mede ten laste van den kooper te brengen. Terwijl volgens art. 1502 de kosten der akte, en die verder op den koop en verkoop vallen, voor rekening van den kooper zijn, zou men art. 1512 verkeerd toepassen, zoo men op grond daarvan den verkooper wilde belasten met die van zegel, registratie en overschrijving, of waar deze bij bijzondere wetten ten laste van den kooper zijn gebragt, hierin eene afwijking van het B. W. wilde zien (1). En wat de in art. 668 bedoelde schuldvorderingen betreft, zullen naar mijn oordeel alleen de kosten der akte, en niet ook die der beteekening ten laste van den kooper gebragt moeten worden; de laatste toch zijn kosten der levering in art. 1511 bedoeld. Die beteekening behoeft wel niet juist door bemoeijing van den verkooper bewerkstelligd te worden, maar zijne verpligting strekt zich toch ook daartoe uit; daarvan zijn om die reden de kosten niet als bijkomende onkosten van den koop en verkoop, maar wel degelijk als kosten der levering te beschouwen (2).

De levering moet geschieden op de daarvoor door partijen

---

(1) Zie SCHÜLLER, op art. 1512 B. W.; Deventer 22 December 1841, *W.* 318. Verg. VERNEDE, op art. 1512 B. W.

(2) Verg. hierboven, bl. 219 en v.

bepaalde plaats; en indien of voor zoo ver daaromtrent geene andere overeenkomst is getroffen, ter plaatse waar het verkochte goed zich op het tijdstip der verkooping bevond, volgens art. 1513. Dit is in overeenstemming met, en eigenlijk ook slechts eene toepassing en noodelooze herhaling van hetgeen art. 1429*a* in het algemeen omtrent betaling bepaalt. En men kan ook met grond aannemen, dat partijen, zoo zij van geene andere bedoeling hebben doen blijken, aan die plaats van levering hebben gedacht, althans daarmede genoegen genomen hebben. Maar nu zal de bepaling dan ook niet te zeer naar de letter moeten worden opgevat en toegepast. Het paard van een rijtuigverhuurder te Arnhem zal, bij gebreke van bepaling daaromtrent, te Arnhem geleverd moeten worden, al was het op het oogenblik van den koop en verkoop ook te Beekhuizen, of op weg tusschen deze plaats en Velp; en een schip, dat op het tijdstip der verkooping op reis was tusschen Rotterdam en Hull, zal daarom niet ook op dezelfde plaats der Noordzee moeten worden afgeleverd en overgenomen (1). — Wij moeten voorts denken aan een verkoop van bepaalde zaken, en in art. 1429*a* wordt daarop ook bepaaldelijk gewezen. Betreft de verkoop eene hoeveelheid van zaken, die alleen ten aanzien harer soort bepaald zijn, zoo is er geen plaats aan te wijzen, waar zij zich ten tijde der verkooping bevonden (2). In zulke gevallen zal wel in den regel eene plaats voor de levering bepaald worden door partijen; mogt dit echter niet geschied zijn, dan is de zaak daarom nog niet ongeregeld. Is toch art. 1513 slechts eene toepassing van art. 1429*a*, en om deze bepaling eigenlijk overbodig, welke redelijke grond kan er dan bestaan om die van art. 1429*b* hier niet eveneens toepasselijk te achten, ofschoon zij hier niet eveneens is herhaald (3)? En die bepaling leidt van zelf tot het volkomen redelijk en aannemelijk besluit, dat waar het te pas komt de levering zal

---

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 196.

(2) Verg. J. K. in *Opmerk. en Mededeel.*, V, bl. 201 en v.; arr. Groningen 8 Maart 1850, *N. R. B.*, IV, bl. 358 en v.; H. R. 17 Junij 1887, *W.* 5456.

(3) Verg. echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 82.

moeten geschieden ter woonplaats van den kooper, wanneer deze is blijven wonen in de gemeente, waarin hij ten tijde van den koop woonachtig was, en anders ter woonplaatse van den verkooper. De bepaling der plaats, bij overeenkomst of door de wet, heeft ten gevolge, dat de verkooper noch verpligt noch geregtigd is elders te leveren, de kooper eene levering op eene andere plaats niet vorderen kan, maar zich ook niet behoeft te laten welgevallen. Niets belet hen echter met beider toestemming daarvan af te wijken, op zoodanige wijze en zonder of tegen zoodanige vergoeding van de eene of van de andere zijde, als zij goedvinden.

Zoo moet natuurlijk in het algemeen de levering ook geschieden op den daarvoor bepaalden tijd. En wanneer daarvoor geen tijd bepaald is, kan van het sluiten der overeenkomst af de levering ieder oogenblik gevorderd worden. Intusschen heeft de wetgever te dien aanzien door meer dan ééne bepaling voor het belang van den verkooper gezorgd.

Vooreerst is deze, zoo hij den kooper geen uitstel van betaling heeft toegestaan, volgens art. 1514 niet verpligt het goed te leveren, wanneer de kooper den koopprijs niet betaalt. Men pleegt te dien aanzien van een regt van terughouding te spreken (1); naar ons regt is dit echter minder juist, omdat er van zoodanig regt slechts sprake behoort te zijn met betrekking tot eens anders goed (2), en het vermag en behoeft zeker tot verklaring en tot regtvaardiging van onze bepaling niets bij te dragen. De wetgever heeft hier bepaaldelijk den verkooper boven den kooper willen begunstigen. Gene kan in den regel niet tot levering verpligt worden, zoolang de kooper niet betaalt; van dezen kan daarentegen wel betaling worden gevorderd, ofschoon de verkooper niet geleverd heeft, en zelfs, volgens art. 1496, ofschoon de levering ten gevolge van hetgeen met het goed is voorgevallen niet volkomen, en zelfs, wegens het vergaan daarvan, nooit zal en niet zal kunnen geschieden. Zoo is ook den verkooper van roerende goederen, die ze heeft

(1) Zie b.v. LAURENT, XXIV, n. 170.

(2) Verg. hierboven, VII, bl. 677 en v.

afgeleverd zonder betaling te ontvangen, in art. 1185 3° en 1190 een voorregt toegekend, terwijl die van onroerend goed hypotheek daarop kan bedingen, waaraan de wet in art. 1227 een bijzonderen waarborg verbonden heeft.

De verkooper behoeft dan in den regel niet te leveren, dan na of tegen betaling. En terwijl hij volgens art. 1426 niet door den kooper verpligt kan worden om betaling van den koopprijs bij gedeelten aan te nemen, kan dus ook geene levering van een gedeelte tegen gedeeltelijke betaling van hem gevorderd worden. Zelfs wanneer hij eene gedeeltelijke betaling had aangenomen, is hij zonder nader beding ook daardoor nog tot geen levering van een gedeelte verpligt; hem is dan niet de koopprijs betaald, en hij heeft voor dien prijs een geheel, en niet gedeelten hiervan tegen evenredige of andere gedeelten van den prijs verkocht. En al wordt de schuld van den kooper van regtswege over zijne erfgenamen verdeeld, ook dit heeft geen invloed op het regt en de verpligting van den verkooper; en deze kan zich ook tegenover hen op art. 1514 beroepen, gelijk hij dat tegenover den kooper zelven had kunnen doen (1).

Dit kan intusschen volgens art. 1514 alleen, wanneer de verkooper den kooper geen uitstel van betaling heeft toegestaan, of — dit toch mag men er zeker wel bijvoegen — de verleende termijn verstreken is. Maar wanneer uitstel verleend en de termijn nog loopende is, kan buiten de gevallen van art. 1515 de levering niet met regt door den verkooper geweigerd worden. Het verleende uitstel van betaling brengt geen stilzwijgend uitstel van levering mede. Anders zou er trouwens ook eigenlijk geen uitstel van betaling verleend, maar een koop en verkoop met tijdsbepaling gesloten zijn; doch zoodanige bewering zou ook geen steun vinden in art. 1514 (2).

De wet spreekt bepaaldelijk van een uitstel van betaling, den kooper verleend door den verkooper. Of dit terstond bij

(1) Verg. POTHIER, n. 63 en v.; DURANTON, XVI, n. 201, 205; TROPLONG, n. 311.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 200.

het koopcontract of later geschied is, mag onverschillig geacht worden, maar de verkooper moet er in hebben toegestemd. Heeft de kooper surseance van betaling gevraagd en gekregen, zoo kan hij wel niet tot betaling, maar de verkooper daarom ook niet tot levering zonder betaling verpligt worden. En wanneer de regter aan den kooper, tegen wien wegens verzuim van betaling ontbinding gevorderd was, overeenkomstig art. 1302*d* een termijn heeft gegund om alsnog aan zijne verpligting te voldoen, dan kan, zoolang dit niet werkelijk is geschied, de verkooper niet tot levering worden genoodzaakt (1). Aan den anderen kant zal men ook mogen aannemen, dat, wanneer de verkooper tot levering aangesproken en veroordeeld is, zonder dat dit bij het vonnis afhankelijk is gesteld van de voorwaarde eener voorafgaande of gelijktijdige betaling, hij zich daarom evenwel met een beroep op art. 1514 tegen eene tenuitvoerlegging van het vonnis verzetten kan tot aan de betaling van den koopprijs. Het vonnis dat hem tot levering veroordeelde, heft het regt niet op, dat de wet hem geeft, om niet te leveren zoolang de kooper den prijs niet betaalt (2).

En al ware het ook, dat hij een uitstel van betaling had toegestaan, toch is, volgens art. 1515, indien de kooper na den koop in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is geraakt, de verkooper niet tot de levering verpligt dan tegen borgstelling voor betaling op den bepaalden tijd. Die bepaling komt niet te pas, wanneer geen uitstel van betaling gegeven is; dan toch moet ook in geval van faillissement na of tegen betaling geleverd worden, terwijl ook buiten faillissement zonder betaling niet behoeft te worden geleverd. Zij vindt ook geen toepassing, wanneer de faillietverklaring reeds geschied, de kooper reeds failliet was vóór den koop; art. 1515 spreekt van het geval dat dit geschied is „na den koop" (3). En toch is het tegendeel

(1) Verg. POTHIER, n. 67; DURANTON, XVI, n. 204; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 354, bl. 398, n. 6.

(2) Verg. POTHIER, n. 66.

(3) Verg. LAURENT, XXIV, n. 171.

beweerd (1). Maar die drie woorden, even als „depuis la vente" in art. 1613 C. N., mogen niet als niet geschreven beschouwd worden. Bovendien, was de verkooper bekend met den toestand, waarin de kooper verkeerde, dan zou hij niet ligt uitstel verleenen, maar zeker zoo hij het deed het gevolg daarvan niet moeten ontgaan; en zoo hij daarmede niet bekend was, mag hij ook het gevolg wel dragen van hetgeen hij deed zonder zich te vergewissen van den toestand van hem met wien hij te doen had, waarmede hij gemakkelijk bekend had kunnen worden, daar immers het vonnis van faillietverklaring openlijk wordt bekend gemaakt. Was hij door den kooper bedrogen, dan zou dat een grond kunnen opleveren, niet om de levering te weigeren, maar om de overeenkomst te doen vernietigen. Doch daartoe moet dan ook bedrog zijn gepleegd; dwaling, eene verkeerde voorstelling van den verkooper, zou op zich zelve ook tot die vernietiging geen grond kunnen opleveren, omdat zij geen dwaling zijn zou omtrent den persoon met wien men voornemens was te handelen, of omtrent de zelfstandigheid der zaak (art. 1358).

In het bedoeld geval behoeft dan de verkooper niet te leveren dan tegen borgstelling. Dat de faillietverklaarde van regtswege de beschikking en het beheer over zijne goederen verloor (art. 770*a* W. v. R.), levert geen bezwaar op tegen die borgstelling; deze geschiedt ook niet door hem. En een ander, een vriend, een schuldeischer of de curator, kan zeer wel reden vinden voor zoodanige handeling, in het belang van den boedel, waarvoor het zeer wenschelijk zijn kan, dat het gekochte voor den bepaalden prijs wordt afgeleverd. Wij kunnen daarbij voorts opmerken, dat onze wet bepaaldelijk spreekt van het stellen van een borg, en dat deze uitdrukking van meer bepaalde beteekenis is dan het Fransche woord caution, in art. 1535 Wetb. van 1830 en art. 1613 C. N. voorkomende. De verkooper behoeft geen genoegen te nemen met pand of hypotheek, waarvan de verwezenlijking meer of minder moeite en omslag vordert; hij behoeft niet te leveren, tenzij zich iemand jegens hem verbindt

(1) Zie DURANTON, XVI, n. 204; TROPLONG, n. 315.

als borg, dien hij even gemakkelijk als anders den kooper zelven, en met gelijk gevolg, aanspreken kan.

Art. 1515 doet ons als van zelf denken aan art. 1307, waar in het algemeen is gezegd, dat de schuldenaar het voorregt eener bijgevoegde tijdsbepaling niet meer kan inroepen, wanneer hij in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen verklaard is. Het is evenwel daarom niet als eene eenvoudige toepassing daarvan (1), maar wel degelijk als eene zelfstandige bepaling te beschouwen. Volgens art. 1307 verliest voor den schuldeischer de tijdsbepaling hare waarde, en is het alsof zij niet bestond; van een regt om door borgtogt hare kracht te herstellen is daar geen sprake. Voor den kooper verliest het uitstel van betaling zijne kracht niet; deze is slechts in zoo ver gebroken, dat hij niet meer levering kan vorderen alsof er geen uitstel was verleend, dat hij het niet kan zonder borgstelling, maar deze dan toch ook zijne bevoegdheid weer herstelt. En bij de vergelijking der genoemde bepalingen valt nog iets anders op te merken. Art. 1307 bepaalt hetzelfde voor het geval, dat de door den schuldenaar ten behoeve van den schuldeischer gestelde zekerheid door zijn toedoen verminderd is; en die algemeene bepaling zal ook ten aanzien van den kooper gelden, ofschoon daarvan in art. 1515 geen sprake is. Maar het gevolg, dat deze bijzondere bepaling aan eene borgstelling verbindt, doch waarvan in de algemeene van art. 1307 niet gesproken wordt, geldt nu ook alleen voor den in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen verklaarden kooper, niet voor hem die de zekerheid verminderd heeft, welke door hem gesteld was en hem misschien het uitstel van betaling verschaft had. Hij moet er niet mede kunnen spelen, en de gestelde en aangenomene zekerheid door eene andere vervangen.

Voor het geval dat de levering door de nalatigheid van den verkooper achterwege blijft, zegt art. 1516, dat de kooper vernietiging van den koop kan vorderen, overeenkomstig de

(1) Zie OPZOOMER, B, VIII, bl. 84 en v. en n. 3; LAURENT, XXIV, n. 171. In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 117, stelde ik het ook zoo voor.

bepalingen van art. 1302 en 1303. De grond ligt hier niet in den koop en verkoop zelven, maar in het uitblijven der daaraan te geven uitvoering; er had dus niet van vernietiging, maar van ontbinding gesproken moeten worden; dit wordt ook door de verwijzing naar art. 1302 en v. bevestigd, en wij mogen dus de bepaling in dien zin opvatten (1). Iets dergelijks was ook in art. 1610 en v. C. N. bepaald; maar in het Wetb. van 1830 kwam zoodanige bepaling niet voor. Men achtte haar niet noodig, omdat de kooper op grond van ons art. 1274 den verkooper in gebreke kan stellen en tot levering noodzaken, of naar aanleiding van ons art. 1279 schadevergoeding van hem vragen, terwijl hij, die nog geen eigenaar geworden is en geen prijs betaald heeft, zoo hij liever den koop buiten werking wil houden, dit kan doen door eenvoudig stil te blijven zitten (2). Intusschen was toch zoodanige bepaling verlangd, en is zij bij de herziening in ons art. 1516 opgenomen (3). En al houdt dit slechts eene herhaling in van hetgeen ook reeds in het algemeen in art. 1302 en 1303 te kennen was gegeven, zoo was toch naar mijn oordeel die herinnering niet ongepast; te minder, omdat men den kooper ook verpligt had zelfs zonder levering te betalen (4).

Dat de kooper door stil te zitten de overeenkomst buiten werking zou kunnen houden, is eigenlijk minder juist, omdat de verkooper daardoor niet belet wordt zijnerzijds den prijs te vorderen. Maar van meer belang is het op te merken, dat de bevoegdheid van den kooper in art. 1516 niet volledig is uitgedrukt, daar hij niet alleen ontbinding vragen kan, maar volgens art. 1303, waarnaar mede verwezen wordt, de keus

---

(1) Verg. Amsterdam 1 October 1873, *W.* 3648.

(2) Verg. de rede van BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, V, bl. 177; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 47 en v.

(3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 164 en v., 178, 188.

(4) Verg. echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 85; maar diens vrees, dat nu „iemand — om den regel, die het algemeene doet wijken voor het bijzondere — des koopers recht hier uitsluitend tot de vernietiging van den koop zou willen beperken", komt mij tamelijk ongegrond voor.

heeft om òf den verkooper zoo mogelijk tot de nakoming der overeenkomst en dus tot levering te noodzaken, òf de ontbinding te vorderen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, gelijk daarvan ook sprake is in de genoemde bepalingen van den C. N. Wanneer de kooper het eerste kiest, zal de regter ook aan den verkooper op zijn verzoek een termijn van eene maand kunnen verleenen, om nog aan zijne verpligting te voldoen, overeenkomstig art. 1302*d* (1).

Ten aanzien van art. 1516 voorts nog deze opmerking. De wet spreekt bepaaldelijk van het geval, dat de levering door de nalatigheid des verkoopers achterwege blijft. Wij moeten daarbij echter niet denken aan nalatigheid in dien zin, dat de verkooper, hetzij uit kracht der overeenkomst zelve, hetzij ten gevolge eener ingebreke-stelling door een bevel of soortgelijke akte, in gebreke of verzuim is; zoo iets behoeft in het algemeen niet aan eene vordering, hetzij tot nakoming, hetzij tot ontbinding, vooraf te gaan (2), en wordt in het bijzonder ook hier niet gevorderd. Er wordt alleen verondersteld, dat het uitblijven der levering aan den verkooper ligt. Wanneer dit het geval niet is, wanneer de levering achterwege blijft doordien de zaak vergaan is, of omdat het anders den verkooper niet mogelijk is haar te leveren, alles zonder zijne schuld, dan heeft de kooper ook de hem hier toegekende bevoegdheid niet; dan worden de regten en verpligtingen der partijen door algemeene daartoe betrekkelijke bepalingen beheerscht; gelijk dit ook het geval is, wanneer de verkooper zich door eigen schuld de levering onmogelijk heeft gemaakt, en daardoor valt in de bepaling van art. 1272. En wanneer het uitblijven der levering een gevolg is van het uitblijven der betaling, en dus door art. 1514 volkomen wordt geregtvaardigd, zoo is de kooper zonder aanbod van betaling almede niet ontvankelijk in een eisch tot ontbinding, waarvan art. 1516 spreekt (3).

---

(1) Verg. LAURENT, XXIV, n. 176.

(2) Verg. hierboven, X, bl. 288 en v.; zoo ook LAURENT, XXIV, n. 174.

(3) Verg. Noord-Holland 16 October 1862, *N. R. B.*, XIV, bl. 389 en v., 393.

De verkochte zaak moet volgens art. 1517*a* geleverd worden in den staat, waarin zij zich op het oogenblik van den verkoop bevond. Zoo is zij het voorwerp van den koop en verkoop geweest, zoo moet zij ook het voorwerp der levering zijn. Al gaat de eigendom niet door den verkoop over, de verkooper heeft toch door zijne verbindtenis, met den kooper aangegaan, tegenover dezen de vrijheid verloren, om met de zaak te doen wat hij verkiest, en daarin veranderingen te maken. Ondergaat zij veranderingen ten nadeele zonder zijn toedoen of zonder zijne schuld en zonder dat hij in gebreke is, zij is voor rekening van den kooper, art. 1273, en de schade komt ten laste van dezen, gelijk ook de algemeene bepaling van art. 1427 medebrengt. Maar de verkooper was verpligt, tot aan de levering als een goed huisvader voor de zaak te zorgen (art. 1271), en is hij bij gebreke hiervan belet haar af te leveren zoo als zij was, dan moet hij het daardoor veroorzaakte nadeel vergoeden (art. 1272).

De wet spreekt in art. 1517*a* geheel algemeen, en wat zij zegt geldt niet alleen bij een zuiveren koop en verkoop, maar ook bij dien met eene tijdsbepaling of onder eene opschortende voorwaarde. In geval eener tijdsbepaling is de verkooper wel niet verpligt om terstond te leveren, maar toch terstond verpligt om te leveren op zijn tijd; de zaak is ook nu van den koop af voor rekening van den kooper, maar de verkooper moet als een goed huisvader voor haar zorgen tot aan de levering, ook wanneer deze tot lateren tijd is uitgesteld. En in geval van voorwaardelijken koop en verkoop is de zaak wel niet terstond voor rekening van den kooper, maar gelden daarvoor de algemeene bepalingen van art. 1300; doch de verkooper is, wel slechts onder eene voorwaarde, maar dan toch voorwaardelijk tot levering verpligt, en moet, wanneer de voorwaarde vervuld wordt — en anders komt er geen levering te pas — de zaak leveren, niet zoo als zij is ten tijde dier vervulling, maar, ook wegens de achteruitwerkende kracht, hieraan in art. 1297*a* toegekend tot den tijd waarop de verbindtenis geboren is, zoo als zij was op dat tijdstip (1).

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 86. Zie ook TROPLONG, n 318.

Van den dag van den koop af behooren, volgens art. 1517*b*, ook alle vruchten aan den kooper. Ook te dien aanzien dus zal het, even als met betrekking tot den staat waarin het goed geleverd moet worden, voor den kooper geen onderscheid maken, al is de levering niet terstond geschied. Ook deze bepaling is algemeen, en hare werking niet daarvan afhankelijk gemaakt, of de koopprijs betaald is of niet; ook in het laatste geval heeft de kooper even goed aanspraak op afgifte der vruchten, die de zaak intusschen heeft opgeleverd of — want dit zullen wij er wel mogen bijvoegen — door de zorg van een goed huisvader, waartoe de verkooper immers verpligt is, opgeleverd zou hebben; maar in dat geval is volgens art. 1551, wanneer de verkochte zaak vruchten of andere inkomsten oplevert, de kooper zelfs zonder uitdrukkelijk beding verpligt om interessen van den koopprijs te betalen. De wet spreekt niet van de kosten, die de verkooper voor het verkrijgen der vruchten heeft gemaakt. Daar hij intusschen, zonder eenig beding deswege, zeker niet verpligt is voor eigen rekening uitgaven te doen ten voordeele van den kooper, zal men wel mogen aannemen, dat hij die kosten aan den kooper in rekening kan brengen.

Art. 1517*b* zegt, dat alle vruchten aan den kooper behooren. Dit ziet natuurlijk op burgerlijke zoo wel als op natuurlijke, en omvat, daar volgens art. 1612*a* in den regel eene vroeger aangegane huur door verkoop van het verhuurde niet verbroken wordt, ook de huren, die na den dag van verkoop verschenen zijn, en dus volgens art. 557 hebben opgehouden een gedeelte der zaak uit te maken; voor eene toepassing toch van hetgeen art. 810 met betrekking tot vruchtgebruik bepaalt, is hier, bij gebreke van gelijke bepaling of van verwijzing daarheen, ook op grond van analogie geen aanleiding. Onze wet maakt voorts geen onderscheid, of de vruchten van zelf ontstaan, of door iemands toedoen, en dan van den verkooper zelven of van een ander, b. v. van een huurder (1). Niet dat de kooper ze zal kunnen opeischen van den huurder, of anders daarop zijn regt

---

(1) Verg. hierbij MALEVILLE, III, bl. 375.

tegen dezen kan doen gelden; maar tegenover den verkooper — en het geldt hier zijne betrekking tot dezen — heeft hij regt op de vruchten, en zoo ze hem niet kunnen worden afgegeven, omdat ze aan een ander toebehooren, dan heeft hij tegenover den verkooper regt op vergoeding. Hoe deze met een derde staat, gaat hem niet aan.

Het staat natuurlijk aan kooper en verkooper, bij hunne overeenkomst van de regeling der wet af te wijken. En dit kan meer of minder uitdrukkelijk geschieden; het is voldoende, zoo maar uit de overeenkomst genoegzaam van de bedoeling der partijen blijkt. Het komt mij voor, dat dit het geval is, wanneer de aanvaarding van het verkochte aan een bepaalden dag verbonden is (1); daarin ligt, geloof ik, opgesloten, niet alleen dat de verkooper dan eerst tot levering verpligt is, maar ook dat de vruchten en inkomsten die het goed oplevert eerst van dien tijd af voor den kooper zijn.

Terwijl volgens art. 1517*a* het goed geleverd moet worden in den staat, waarin het zich op het oogenblik van den verkoop bevindt, en volgens art. 1517*b* van dien dag af alle vruchten aan den kooper behooren, meen ik te mogen aannemen, dat alles wat sedert dat tijdstip van of uit de verkochte zaak voortkomt, voor zoo ver het niet uit kracht van eenig regt aan een derde behoort, aan den kooper toekomt, en zoo de verkooper het gekregen heeft, door dezen aan hem afgestaan moet worden. In het bijzonder acht ik dit ook toepasselijk op den gevonden schat, voor zoo ver die niet aan den vinder, maar in tegenstelling van dezen aan den grondeigenaar behoort (art. 642), al was ook, toen de schat gevonden werd, de eigendom van den grond nog niet overgegaan, en deze ook nog niet afgeleverd (2).

---

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 314; MARCADÉ, VI, bl. 230, op art. 1614, n. I; LAURENT, XXIV, n. 182. Zie ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 87, n. 2, die het echter wel in den regel erkent, maar niet onvoorwaardelijk. Verg. over voorwaardelijken koop MARCADÉ, t. a. p.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 217. VAN BONEVAL FAURE, in *Ned. Jaarb. v. R. en W.*, IX, bl. 321, denkt daarover naar ons regt, in tegenstelling van het Fransche, anders. Zie ook OPZOOMER, A, III, bl. 113, 2e uitg., II, bl. 147, B, VIII, bl. 79.

Dat art. 642, waar het de regeling geldt aan wien de gevonden schat behoort, en in hoe ver hij behoort aan den vinder, bepaaldelijk van den eigenaar spreekt, is zeer natuurlijk; maar wanneer die eigenaar als verkooper met een ander in eene betrekking staat, die elders, en wel in den titel van koop en verkoop is geregeld, komt het aan op de daarvoor gemaakte bepalingen.

Die schat moet zeker niet begrepen worden onder wat tot de verkochte zaak behoort, waarvan sprake is in art. 1518. Hier wordt namelijk gezegd, dat de verpligting van den verkooper om eene zaak te leveren bevat al wat daartoe behoort en tot haar bestendig gebruik bestemd is. Tot het eerste kan gebragt worden, wat na den koop aan de zaak is toegevoegd, door de natuur, bij wijze van aanspoeling enz., of door menschen toedoen, door op- of aanbouwing enz. Bij het andere hebben wij in tegenstelling daarvan voornamelijk te denken aan voorwerpen, die, niet met de zaak verbonden, toch daarbij behooren, als bestemd om daarbij, niet ten behoeve van een bepaald persoon, den verkooper, en alzoo tot een tijdelijk, maar tot een bestendig gebruik te dienen van den eigenaar, of wie anders in diens plaats de zaak onder zich heeft, met name de voorwerpen, in art. 563 bedoeld en aangeduid als onroerend door bestemming in verband met onroerende zaken (1).

Art. 1518 verpligt den verkooper ook nog tot afgifte der bewijzen van eigendom, indien die aanwezig zijn. Art. 1605 C. N. stelt die afgifte voor als een middel tot levering van onroerend goed, wat zij echter kwalijk zijn kan; onze wet vordert haar in het algemeen, niet als een middel tot, maar als behoorende tot het voorwerp van de levering. En al kan de verkooper die stukken zelf nog wel eens noodig hebben, met name wanneer hij tot vrijwaring wordt opgeroepen, hij kan daarom

---

(1) Verg. daarover hierboven, I, bl. 440 en v. — Over de vraag, of de verkooper van een gedeelte van een erf, dat door de afscheiding van den weg of de vaart wordt afgesneden, ook verpligt is een toegang daartoe te verschaffen, sprak ik hierboven, VI, bl. 286 en v.

hunne afgifte niet weigeren, ook niet op grond dat de kooper ze niet noodig heeft (1).

Hij moet ze afgeven, indien ze aanwezig zijn. Men zal dit wel zoo mogen opvatten, dat hij niet behoeft te bewijzen dat ze niet aanwezig zijn, om vrij te zijn van de hem opgelegde verpligting, een bewijs dat voor hem uit den aard der zaak hoogst moeijelijk vallen zou, ook wanneer er werkelijk geen stukken bestaan; maar dat hij volstaan kan met dit te verklaren, tenzij de kooper beweert en bewijst dat ze wel bestaan. Men mag voorts aannemen, dat de verpligting alleen bestaat ten aanzien van stukken, die bepaaldelijk het verkochte goed betreffen. Heeft de verkooper dit aangekocht met andere goederen, en is er slechts éénе akte opgemaakt, die goederen alle betreffende, of bestaat er niets dan eene akte van scheiding, met de nu verkochte tevens andere goederen van den verdeelden boedel omvattende, dan is hij tot geene afgifte verpligt van stukken, die geen bewijzen van eigendom zijn bepaaldelijk van het nu verkochte goed.

De wet spreekt ook nog van de noodige overeenstemming van het geleverde met het verkochte, wat de hoeveelheid of de grootte betreft, en van het gevolg 'twelk het gemis daarvan teweeg kan brengen. Zij stelt te dien aanzien in art. 1519 op den voorgrond, dat de verkooper verpligt is het verkochte te leveren in zijn geheelen omvang, zoo als het in de overeenkomst uitgedrukt wordt, of liever: is (2). Dit is zoo natuurlijk, en spreekt zoo zeer van zelf, dat de bepaling eigenlijk geen reden van bestaan heeft, behalve als overgang of inleiding tot de volgende; waarop zij dan ook dadelijk zelve wijst door de slotwoorden „onder de navolgende wijzigingen", die als eene verdediging van haar bestaan beschouwd zouden kunnen worden.

De daarop volgende nadere bepalingen betreffen alleen onroerende goederen. Wanneer deze worden verkocht met de

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 216; TROPLONG, n. 324.

(2) Art. 1616 C. N. spreekt van la contenance, telle qu'elle est portée au contrat; de vertaler gaf voor dat *est*: wordt, en onze wetgever volgde hem, ofschoon het hier betreft iets dat geschied is.

noodige kadastrale of andere aanduiding, doch zonder opgave van maat, moet natuurlijk de verkooper het verkochte ook in zijn geheel leveren, maar kan er bij de levering daarvan geen sprake zijn van te veel of te weinig (1). Wanneer van eene zekere uitgestrektheid een naar de maat bepaald gedeelte verkocht wordt tegen zekeren prijs voor de maat, heeft de kooper aanspraak op een stuk van de bepaalde grootte, voor den daaraan evenredigen prijs, maar zal bij de levering daarvan weder geen verschil ontstaan over meer of minder. En zoo is het ook, wanneer een bepaald erf zonder opgave van grootte verkocht is tegen zekeren prijs voor de maat, zooveel voor de vierkante meter enz.; de prijs van het geheel wordt dan door den uitslag der meting bepaald, maar ook hier komt geen geschil te pas over meerdere of mindere inhoudsgrootte (2). Maar er kunnen zich andere gevallen voordoen.

Vooreerst spreekt de wet in art. 1520 en 1521 van het geval, dat „de verkoop van een onroerend goed geschied is met vermelding van deszelfs uitgestrektheid of inhoud, tegen bepaling van eenen zekeren prijs voor de maat", en tevens, gelijk ik meen de veronderstelling te mogen aanvullen, met uitdrukkelijke opgave van den voor het geheel bedongen koopprijs (3). Ofschoon

---

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 220; MARCADÉ, VI, bl. 232 en v., op art. 1616, n. II.

(2) Verg. TROPLONG, n. 329; DURANTON, XVI, n. 227; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 354, bl. 399, n. 4.

(3) Verg. LAURENT, XXIV, n. 189. Het wordt echter bestreden door OPZOOMER, B, VIII, bl. 92, n. 1. Hij wijst daarbij op den tribun GRENIER, en deze heeft werkelijk gezegd: Le prix de la vente n'est pas fixé pour le corps entier, mais pour chacune des parties indiquées qui le composent et qui en déterminent l'étendue; zie *C. N. et Motifs*, VI, bl. 95. Maar dezelfde heeft even te voren gewezen op une distinction nécessaire, die forme la base des dispositions du projet de loi, en die onderscheiding aldus opgegeven: Ou la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance à raison de tant la mesure; ou la vente porte seulement sur un corps certain dont la contenance est indiquée, sans qu'il soit dit que les parties aient entendu vendre et acheter respectivement, *à raison de tant la mesure.* Hebben partijen

van dit laatste in geene der genoemde bepalingen sprake is, blijkt toch dunkt mij uit beider inhoud, dat de wetgever zich het geval aldus heeft voorgesteld; omdat daarin gesproken wordt van eene evenredige vermindering of verhooging van den koopprijs, waaraan kwalijk te denken is, wanneer er geen voor verhooging of vermindering vatbare koopprijs bestaat, maar deze eenvoudig en geheel zou afhangen van den uitslag der meting in verband met den prijs, zoo als die voor de als eenheid gestelde maat is vastgesteld. Men moet, geloof ik, denken aan een koop en verkoop, tot stand gekomen door de wederzijdsche toestemming over eene bepaalde zaak en een daarvoor bepaalden prijs, zoodat voor het bestaan en de werking daarvan geene verdere berekening behoeft plaats te hebben, en in zóó ver de bijgevoegde prijsbepaling naar de maat overbodig is; waarbij intusschen toch zoodanige prijsbepaling is gevoegd,

---

nu in het tweede geval, waarin zij geen prijs naar de maat bepaald hebben, ook geen prijs voor het geheel bepaald, hoe kunnen ze dan geacht worden een koop te hebben gesloten? En moeten wij hier noodwendig aan een in eens bepaalden prijs denken, wat geeft dan in de wijze waarop GRENIER zijne onderscheiding voorstelt aanleiding, om voor het eerste geval aan te nemen, dat, waar wel gesproken is van zoo veel voor de maat, van de veronderstelling is uitgegaan, dat er geen koopprijs voor het geheel bepaald is? Mij komt het meer waarschijnlijk voor, dat GRENIER bij de nadere behandeling van het eerste geval zijne bedoeling eenigzins verkort heeft uitgedrukt. PORTALIS, wien o. op bl. 91 vermeldt, zegt (zie *C. N. et Mot.*, VI, bl. 14 en v.): On distingue dans les ventes d'immeubles, faites avec déclaration de contenance, l'hypothèse où l'on a fixé le résultat de cette contenance à un nombre déterminé de mesures, en distribuant proportionnellement le prix sur chaque mesure, d'avec celle où la déclaration de contenance se trouve liée à la vente d'un ou de plusieurs corps certains, séparés ou unis, avec stipulation d'un prix général pour le tout; en men kan, dunkt mij, gevoegelijk hierbij voegen: zonder dien koopprijs evenredig over elke maat te verdeelen. Voor het overige zij hierbij nog opgemerkt, dat de vraag niet is, wat al of niet zou mogen of moeten geschieden, maar wat de wetgever zich bij art. 1520 en v. heeft voorgesteld.

misschien zonder nadere bedoeling, maar misschien ook met het doel om, wanneer eens mogt blijken, dat de opgegeven grootte of inhoud niet met de werkelijkheid in overeenstemming is, den prijs naar evenredigheid daarvan te kunnen verminderen of vermeerderen. Wij hebben hier dan ook niet te doen met een geval, waarin de zaak volgens art. 1497 tot aan de meting toe vóor rekening van den verkooper blijft (1); er behoeft geen meting meer plaats te hebben, maar zij kan geschieden, en wanneer dan blijkt dat de grootte niet juist is opgegeven, kan dit van invloed zijn op de regten en verpligtingen der partijen.

Natuurlijk moet de verkooper ook hier volgens art. 1519 de bij de overeenkomst uitgedrukte uitgestrektheid leveren, gelijk art. 1520 dit ook zelf weder te kennen geeft; maar voor het geval dat de omvang van het verkochte onroerend goed bij meting blijkt grooter of kleiner te zijn, dan hij was opgegeven, vinden wij hier nadere bepalingen.

Is de inhoud kleiner, dan kan de verkooper, zoo hij daartoe in de gelegenheid is, het ontbrekende aanvullen door iets van een aangrenzend perceel af te nemen en aan het verkochte toe te voegen. Kan hij dat niet, of is de kooper er niet op gesteld, zoo moet hij zich eene evenredige vermindering van den prijs (2) laten welgevallen. En die evenredige vermindering laat zich gereedelijk toepassen, waar nevens den koopprijs, die haar ondergaan moet, ook een prijs voor de maat is opgegeven, en dus de maatstaf bepaald is, waarnaar zij moet plaats hebben.

---

(1) Zie DURANTON, XVI, n. 226. Maar de uitzondering, die hij toelaat voor het geval dat de kooper nalatig is ten aanzien der meting, of het in art. 1525 toegestane jaar verloopen is, is wél in staat om tegen zijne meening bedenking op te wekken; daar de koop, zoo hij niet van den aanvang af voldongen was, dit kwalijk worden kon door een verzuim van den kooper of door een enkel tijdsverloop. Verg. ook TROPLONG, n. 329; MARCADÉ, VI, bl. 237 en v., op art. 1617 en v., n. III.

(2) Art. 1520 spreekt minder gelukkig van „vermindering van prijs"; zoo ook art. 1539 Wetb. v. 1830, en reeds art. 36 van het ontwerp (zie NOORDZIEK 1824—25, II, bl. 224 en v.), ofschoon de Fransche tekst daar sprak van une diminution proportionnelle *du* prix, evenals art. 1617 C. N., welks vertaling ook had: *den* prijs.

En art. 1520 spreekt geheel algemeen, zonder, gelijk in art. 1521 en 1522 is geschied, te vorderen dat het verschil een twintigste bedraagt. Hoe klein het verschil ook wezen mag, wanneer bij meting blijkt dat het verkochte en geleverde minder is dan de opgegeven grootte, kan de kooper in evenredigheid op den koopprijs korten.

Maar dit is ook het eenige, wat hem in dezen is toegestaan; terwijl art. 1521 voor het daar bedoeld geval den kooper de keus geeft, om òf den koopprijs in evenredigheid te verhoogen, òf van den koop af te zien, is in art. 1520 van zoodanige keus geen sprake. En nu komt het mij voor, dat men uit dat stilzwijgen alleen niet kan afleiden, dat in het geval van dit art. een eisch tot ontbinding door den regter naar de omstandigheden toegewezen of ontzegd kan worden (1); omdat het in het algemeen, waar de wet bepaalt wat in zeker geval plaats zal hebben, kwalijk geoorloofd zijn kan ook iets anders toe te laten. Ik meen zelfs te moeten aannemen, dat het niets zal afdoen, al had de kooper het goed met een bepaald doel gekocht, waarvoor hij de geheele grootte noodig heeft (2). Al kan men meenen, dat de wetgever om de mogelijkheid hiervan, hetzij in het algemeen, hetzij voor het geval dat het blijkt werkelijk zoo te zijn, wel anders had kunnen of moeten bepalen, hij heeft dat niet gedaan. En inderdaad was dit ook niet noodig, omdat hier sprake is van den koop van een bepaald onroerend goed, waarvan de kooper de uitgestrektheid in oogenschouw kon nemen, 'twelk hij, wanneer dit voor hem van zoo veel belang was, vooraf nauwkeurig kon meten, en van welks geschiktheid en genoegzaamheid voor zijn doel hij zich dus vooraf heeft kunnen verzekeren. En hierom kan men zich ook niet bij analogie op art. 1508*b* en 1536 beroepen; omdat in de gevallen, waarvan daar sprake is, de kooper niet eveneens in het bezit komt of blijft van het geheel waarop hij met grond kon rekenen. Bovendien geldt de reden, waarom men meende den kooper

(1) Zie ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 400, n. 1.

(2) Zie echter DURANTON, XVI, n. 223; MARCADÉ, VI, bl. 236 en v., op art. 1617 en v., n. II; LAURENT, XXIV, n. 191.

het regt te moeten geven, om van den koop af te zien wanneer er eene verhooging van den koopprijs te pas zou komen, niet eveneens in het tegenovergesteld geval; en in art. 1523 wordt dat regt ook uitdrukkelijk juist met het eerste geval in verband gebragt (1).

Art. 1521 veronderstelt hetzelfde geval als art. 1520, dat namelijk een onroerend goed verkocht is voor een bepaalden prijs, met vermelding van de grootte en met opgave ook van den prijs voor de maat, maar nu dat het goed een grooteren omvang heeft dan in de overeenkomst uitgedrukt is. Dan heeft volgens die bepaling „de kooper de keus om of den prijs in evenredigheid te verhoogen, of van den koop af te zien, indien namelijk het meerdere een twintigste gedeelte beloopt boven den omvang, bij de overeenkomst uitgedrukt." De verkooper is dan weder verpligt het goed zooals het verkocht is te leveren, wanneer de kooper dit verkiest, maar hij behoeft dat niet te doen zonder evenredige verhooging van den prijs. Hij behoeft ook niet voor den bepaalden prijs de opgegeven grootte te leveren en het meerdere voor zich te behouden, dat op zich zelf voor hem ligt van geene waarde zijn zou; hij heeft dat goed in zijn geheel, en niet een deel daarvan ter opgegeven grootte verkocht. Aan den anderen kant heeft men echter ook den kooper niet onbepaald tot evenredige aanvulling van den koopprijs willen verpligten; het goed zou om den meerderen omvang voor hem wel eens niet zoo veel meer waardig kunnen zijn, en men maakte zwarigheid om hem te noodzaken meer te betalen dan hij noodig had en meende te koopen, wat wel eens boven zijne krachten zou kunnen gaan, hem althans misschien moeijelijk zou kunnen vallen. Daarom heeft men hem ook het regt toegekend om van den koop af te zien, wanneer het verschil in maat zoo veel

(1) Verg. TROPLONG, n. 330 en v.; en in zijn werk *Du louage*, n. 653 en v.; voorts GRENIER, in *C. N. et Motifs*, VI, bl. 96. Die de redenering van dezen leest, ziet ligt dat zij niet enkel daarop neerkomt, dat in het geheel het deel, in het meerdere ook het mindere ligt opgesloten, en wie 20 morgen gronds wil hebben, er van zelf 15 hebben wil; zoo als men zou kunnen afleiden uit OPZOOMER, B, VIII, bl. 92 en v.

bedraagt, dat het werkelijk eenig bezwaar kan opleveren (1). En daartoe moet volgens art. 1521 het meerdere niet minder bedragen dan een twintigste boven den omvang bij de overeenkomst uitgedrukt, zoodat het goed ten minste eenentwintig zulke twintigste deelen groot moet zijn (2).

Ofschoon de wet zich daarover niet volkomen duidelijk uitlaat, zal men hare bepaling toch wel in dien zin moeten opvatten, dat alleen wanneer het goed ten minste een twintigste grooter is, de kooper de hem toegekende keus heeft en geregtigd is om van den koop af te zien, maar dat hij, als de koop in stand blijft, in elk geval een hoogeren koopprijs schuldig is, wanneer de werkelijke inhoud grooter blijkt te zijn dan hij bij den koop is opgegeven, hoe gering het verschil ook zijn mag. Gelijk de verkooper in het geval van art. 1520 zich eene vermindering van den koopprijs getroosten moet, hoe weinig er ook aan den opgegeven inhoud mag ontbreken, is het redelijk, dat ook de kooper in het tegenovergesteld geval niets meer dan de opgegeven grootte zal ontvangen, zonder in evendigheid meer te betalen. De reden, waarom van een verschil van ten minste een twintigste sprake is, betreft alleen de bevoegdheid om van den koop af te zien, en dat verschil werd ook bij de behandeling van den C. N. bepaaldelijk daarmede in verband gebragt; en letten wij op art. 1522, dan wordt die opvatting ook door de tegenstelling hiervan bevestigd (3).

Ook van de bepaling van art. 1521 kan door partijen worden afgeweken, al is dat hier niet evenals in art. 1522 uitdrukkelijk gezegd. Wat bepaald is omtrent de vermeerdering of verminde-

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 178 en v.; GRENIER, in *C. N. et Motifs*, VI, bl. 96; DURANTON, XVI, n. 222; TROPLONG, n. 329, 336.

(2) Zoo spreekt ook art. 1618 C. N. van un vingtième au-dessus de la contenance déclarée. Art. 1540 Wetb. van 1830 sprak van een vijftiende, maar bij de herziening is men tot de vroegere bepaling teruggekeerd; zie VOORDUIN, t. a. p.

(3) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 94; *C. N. et Motifs*, VI, bl. 15, 60, 96; DURANTON, XVI, n. 224; TROPLONG, n. 336; LAURENT, XXIV, n. 192. Anders echter MARCADÉ, VI, bl. 235 en v., op art. 1617 en v., n. I.

ring van den koopprijs, ligt zeker in het algemeen in hare bedoeling, daar zij anders, bij de vermelding van het goed met zijne grootte en den prijs van het geheel, niet ook nog de bepaling gevoegd zouden hebben van een prijs voor de maat. Maar niets belet haar die vermeerdering of vermindering van een ander bedrag afhankelijk te stellen. Zoo kunnen zij ook de bevoegdheid van den kooper, om van den koop af te zien, beperken of hem geheel ontzeggen. Zoodanige ontzegging kan geacht worden opgesloten te liggen in een beding, dat partijen over en weder elkander wegens het meerdere of mindere vergoeding zullen geven. En wanneer de grootte niet zoo zeker, maar met „ongeveer" of eene dergelijke uitdrukking is opgegeven, zal men wel aan eene verhooging of verlaging van den koopprijs blijven denken, maar daarin aanleiding kunnen vinden om den kooper het regt te ontzeggen om van den koop af te zien. Het komt daarbij aan op wat geacht moet worden door partijen bedoeld te zijn, en als daarvan niet genoegzaam blijkt, zal wegens art. 1509 in het nadeel van den verkooper beslist moeten worden (1).

Bij de meting van het verkochte stuk goed, die hier verondersteld wordt na den koop en verkoop plaats te hebben, moet de geheele uitgestrektheid in aanmerking komen, voor zoo ver die bestemd is ten gevolge van den koop eigendom van den kooper te worden, met inbegrip der daartoe behoorende afscheidingen, als heggen, grachten enz., zoo deze niet gemeen zijn geheel, en anders voor de helft. Wat niet mede zijn eigendom wordt, blijft buiten aanmerking, omdat het, al grenst het ook aan het verkochte, of al loopt het er door heen, toch niet daartoe behoort; dit geldt bepaaldelijk van openbare wegen, stroomen en vaarten, enz. (2).

Er wordt verschillend gedacht over de vraag, of, hetgeen het verkochte goed na den koop door aanwas heeft gewonnen, ook

---

(1) Verg. daarbij DURANTON, XVI, n. 225; TROPLONG, n. 337; LAURENT, XXIV, n. 199.

(2) Verg. POTHIER, n. 251; DURANTON, XVI, n. 235; TROPLONG, n. 332.

in de meting begrepen moet worden, bepaaldelijk tot aanvulling der vereischte grootte (1). Deze vraag zal wel veelal van gering praktisch belang zijn, daar de aanwas in den regel gering zijn zal in den tijd, dien art. 1525 voor het instellen der vordering beschikbaar heeft gesteld, en het moeijelijk zal zijn aan te wijzen, wat latere aanwas is en hoe ver het goed zich ten tijde van den koop heeft uitgestrekt. Voor het overige komt het mij voor, dat de aanwas ten voordeele van den kooper moet komen. Eene onderscheiding van de eene partij als strevende om schade te ontgaan, en van de andere als trachtende voordeel te behalen, steunt op geene bepaling der wet, en moet hierbij niet in aanmerking komen; het regt van deze is even heilig als dat van gene, en voor beiden evenzeer afhankelijk van de eerlijkheid en deugdelijkheid der middelen (2). Wanneer, zoo de meting aanstonds geschied was, toen er nog geen verdere aanwas bestond, de verkooper wegens de geringere grootte van het verkochte zich eene vermindering van den prijs zou hebben moeten getroosten, bestaat er geene reden om hem, als de meting eerst later geschiedt, ten gevolge van die vertraging een voordeel te doen genieten, waaraan een even stellig nadeel voor den kooper verbonden is. Zoo men den aanwas hier ten voordeele van den verkooper wilde doen strekken, moest men het in het geval van art. 1521 ook doen. Maar men moet het noch hier noch daar; de verkooper heeft regt op den prijs voor de werkelijke grootte van het verkochte, doch ook niet verder, en dat verkochte omvatte den lateren aanwas nog niet.

In tegenstelling van art. 1520 en 1521 bepaalt art. 1522, wat gelden zal in alle andere gevallen, en dus wanneer niet, buiten de grootte en den koopprijs van het geheel, ook nog een prijs voor de maat genoemd is. De wet, van alle andere gevallen sprekende, voegt er nog bij: „hetzij een zeker bepaald voorwerp

(1) Verg. TROPLONG, n. 333, en de noot in de Belgische uitgave.

(2) Is het misschien daarom, dat men, waar men zich van die tegenstelling bedienen wil, daarvoor bij voorkeur latijnsche termen pleegt te gebruiken, en te spreken van certare de damno vitando, of de lucro captando?

verkocht zij, hetzij de verkoop afgescheiden en afzonderlijke erven tot onderwerp hebbe, hetzij dezelve beginne met de opgave der maat, of met de aanduiding van het verkochte goed, gevolgd van de opgave der maat." Maar deze woorden, met het overige overgenomen uit art. 1619 C. N., waar zij dienen moesten tot beslissing van punten waaromtrent vroeger verschil van gevoelen bestond (1), hebben geene beperkende strekking ten aanzien van het voorafgaande „in alle andere gevallen", maar bevestigen veelmeer de algemeenheid van den aanhef en den verderen inhoud der bepaling.

Waar nevens de aanduiding van het goed en de grootte daarvan alleen de koopprijs voor het geheel is opgegeven, maar niet ook een zekere prijs voor de maat, is niet evenzeer, als waar dit wel geschied is, aanleiding om aan te nemen, dat naar de bedoeling der partijen telkens, wanneer de opgegeven grootte niet met de ware overeenstemt, de koopprijs naar evenredigheid gewijzigd zal worden. Maar men kan ook kwalijk denken, dat zij gewild hebben dat, al verschilt de werkelijke grootte nog zoo zeer van de opgegevene, dit op den koopprijs geen invloed hebben zal. Nu is in art. 1522 bepaald, dat de vermelding of opgave der maat, of der grootte, geen grond oplevert ten behoeve van den verkooper tot eenige vermeerdering van den prijs voor hetgeen er meer is, noch ten behoeve van den kooper tot eenige vermindering daarvan voor hetgeen er minder is, dan voor zoo ver het onderscheid tusschen de werkelijke maat of grootte en die welke in de overeenkomst, met name in de daarvan opgemaakte akte, is uitgedrukt, een twintigste meer of minder bedraagt, zoodat gene dus een twintigste meer of minder bedraagt dan deze (2).

De wet laat er nog op volgen: „berekend naar de waarde van het geheel der verkochte voorwerpen, tenzij het tegendeel mogt bedongen zijn." De laatste woorden slaan zeker niet alleen op de onmiddellijk voorafgaande, maar op de geheele bepaling,

(1) Verg. o. a. MALEVILLE, III, bl. 377 en v.; TROPLONG, n. 338 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 239, op art. 1619 en v., n. I.

(2) Verg. LAURENT, XXIV, n. 193.

en leveren daarbij geen bezwaar op; het is zeer natuurlijk, dat op verschillende wijze van de wettelijke bepaling kan worden afgeweken (1). De eerste komen mij minder duidelijk voor. Er was sprake van een verschil in de maat, en dit laat zich kwalijk berekenen naar de waarde van iets, gelijk het zich ook moeijelijk beoordeelen laat eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus. Die woorden zullen, geloof ik, in verband gebragt moeten worden, niet met de grootte van het verkochte, maar met de evenredige vermeerdering of vermindering van den prijs. In het geval van art. 1520 en 1521 wordt die bepaald door den bij den koop en verkoop mede vermelden prijs voor de maat; de opgave hiervan ontbreekt in dat van art. 1522; nu moet hier de berekening plaats hebben naar de waarde of den prijs van het geheel, in verband met de daarvoor opgegeven grootte, en de vermeerdering of vermindering met het oog daarop worden bepaald. En wanneer ook al, wat ligt gebeuren kan, de deugd en wezenlijke waarde niet dezelfde is voor al de deelen van het verkochte goed, dan zal niet onderzocht moeten worden, hoe veel meer of minder er is van het betere of van het minder goede, maar zal alles alleen geregeld worden naar de verhouding van den prijs tot de grootte (2).

Ook in het geval van art. 1522 is de wet weder, even als in het andere volgens art. 1521, den kooper te gemoet gekomen, wanneer er, wegens verschil tusschen de opgegeven en de werkelijke grootte, volgens art. 1522 grond bestaat tot verhooging van den koopprijs. Hem is dan ook in art. 1523 de keus gegeven, om òf den verhoogden koopprijs te betalen, òf van den koop af te zien. Ook hier bestaat voor die bepaling

---

(1) Het tegendeel bedongen, zoo als ook de officiële vertaling zegt, is niet hetzelfde als stipulation contraire, waarvan overeenkomstig art. 1619 C. N. ook de Fransche tekst van art. 1541 Wetb. van 1830 spreekt.

(2) Verg. intusschen OPZOOMER, B, VIII, bl. 96 en v.; TROPLONG, n. 343 en de aanteekening van den Belgischen uitgever, n. 7; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), II, § 354, bl. 399 en n. 7; MARCADÉ, t. a. p.; LAURENT, XXIV, n. 194.

dezelfde reden als voor die van art. 1521. Ook hier is zoodanige keus alleen aan den kooper gegeven, niet ook aan den verkooper in hetzelfde of het tegenovergestelde geval. Ook hier is die keus aan den kooper alleen gegeven, wanneer er wegens de meerdere werkelijke grootte grond tot verhooging van den prijs bestaat, niet wanneer de grootte minder blijkt te zijn, al is het gekochte daardoor ook minder geschikt of zelfs ongeschikt voor het doel, waarvoor hij het heeft gekocht; met het oog hierop had hij zich beter van de genoegzaamheid daarvoor moeten overtuigen.

Verkiest de kooper niet van den koop af te zien, dan moet hij den verhoogden koopprijs betalen of den koopprijs aanvullen (1); „en zulks" zoo laat de wet er in art. 1523 op volgen, „met de interessen, in geval hij het onroerend goed gehouden heeft." Wat de laatste woorden betreft, ze kunnen kwalijk moeten dienen om te wijzen op het geval, dat de kooper niet van den koop afgezien en dus het goed behouden heeft; dit toch volgt van zelf uit het verband der bepaling omtrent de interessen met die omtrent de betaling van den verhoogden koopprijs. Maar wanneer men opmerkt, dat de Fransche tekst van art. 1542 Wetb. van 1830, even als art. 1620 C. N., zegt: s'il a gardé l'immeuble (2), dan zal men daarin aanleiding kunnen vinden om de verpligting ten aanzien der interessen daarvan te laten afhangen, of de kooper het goed al of niet onder zich had. Zeker is het ook alleszins redelijk, dat hij alleen in dat geval interessen zal moeten betalen. Men zal voorts mogen aannemen, dat dit mede daarvan zal afhangen, of hij van den koopprijs zelven, zoo die nog niet betaald is, interessen betalen moet, hetzij ten gevolge van een daaromtrent gemaakt beding, hetzij overeenkomstig art. 1551; het is toch niet aannemelijk, dat hij

---

(1) De Fransche tekst van art. 1542 Wetb. v. 1830 spreekt van fournir le supplément du prix, even als art. 1620 C. N.

(2) Men volgde bij ons de officiële vertaling, behalve dat men — waarom, vond ik niet vermeld — *be*houden veranderde in *ge*houden; ook reeds in art. 29 van het ontwerp; zie NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 226.

wegens het meerdere interessen zou moeten betalen, waar hij dat niet moet wegens den bedongen koopprijs (1).

Verkiest de kooper daarentegen van den koop af te zien — want al spreekt art. 1524 van alle gevallen, waarin hij het regt heeft dat te doen, toch geldt die bepaling natuurlijk alleen wanneer hij van dat regt gebruik maakt — dan vloeijen daaruit verpligtingen voort voor den verkooper. Deze is dan verpligt den koopprijs, wanneer hij dien reeds ontvangen had, terug te geven, en bovendien de kosten op den koop en de levering gevallen, voor zoo ver hij die volgens overeenkomst mogt hebben betaald. Art. 1543 Wetb. van 1830 sprak, in navolging van art. 1621 C. N., alleen van de kosten van het koopcontract, die volgens art. 1502 in het algemeen ten laste van den kooper zijn. Bij de herziening zijn er bijgevoegd de kosten op de levering gevallen, die volgens art. 1512 ten laste zijn van den verkooper, zoo niet het tegendeel bedongen is, maar hierop hebben dan nu bepaaldelijk de laatste woorden van art. 1524 betrekking (2). Men kan aannemen, dat de verkooper bij den koop en verkoop meer dan de kooper met de ware grootte van zijn goed bekend kon en moest zijn, en hare opgave is ook zeker van hem en niet van dezen uitgegaan; en zoo heeft men nu ook hem belast met eene vergoeding van kosten, die ten gevolge eener onjuiste opgave door den kooper nutteloos zijn besteed.

De wet spreekt hier, anders dan in art. 1523, van geene interessen; de verkooper zal die dus ook uit kracht onzer bepaling niet schuldig zijn. Zij spreekt ook niet van andere kosten, al zijn ze ook ten nutte van het goed besteed, zelfs niet van die tot behoud daarvan aangewend, noch van schadevergoeding. Het komt mij daarom bedenkelijk voor, den verkooper ook daarmede te belasten. Men mag aannemen, dat de wetgever, indien hij zulks bedoeld had, daarvan hier ook gesproken zou hebben, en zeker is dat hij er niet van gesproken heeft. Men mag voorts aannemen, dat de verkooper te goeder trouw was;

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 97, n. 1; DURANTON, XVI, n. 234; TROPLONG, n. 346.

(2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 179 en v.

althans zou er, wanneer hij den kooper bedrogen of misleid had, grond bestaan tot vernietiging van den koop, met toepassing van art. 1488 en v. De kooper, die, al is hij nog zoo zeer te goeder trouw, daarom toch niet is, en ook door de levering niet is geworden, een bezitter te goeder trouw in den zin van art. 630, kan zich dus ook niet op die bepaling beroepen. En terwijl hij wel geregtigd, maar niet verpligt is om van den koop af te zien, doch ook in plaats daarvan een verhoogden koopprijs kan betalen, kan hij, wanneer bijzondere omstandigheden dit voor hem meest verkieslijk doen zijn, zijne keus in dien zin bepalen; terwijl hij dan toch ook meer gekregen heeft en behoudt, dan waarop hij volgens de opgegeven grootte gerekend had. Misschien heeft de wetgever ook met het oog daarop de verpligting van den verkooper niet nog verder willen uitstrekken.

Wat de kosten der meting betreft, waartoe wel veelal de dienst van een deskundige zal worden ingeroepen, wanneer zij op verlangen van beide partijen plaats heeft, zullen die kosten ook voor gemeene rekening komen, tenzij anders mogt zijn bepaald. Komt zij te pas in den loop van een regtsgeding ter zake van een geschil over de meerdere of mindere grootte, zoo zullen de kosten, als behoorende tot die van het proces, ten laste komen van de in het ongelijk gestelde partij (art. 56 W. v. B. R.). Maar wanneer eene der partijen de meting laat doen, om te zien of het goed ook grooter of kleiner is, en of er aanleiding bestaat om te dien aanzien haar regt te doen gelden, dan komt het mij voor, dat de kosten ook door die partij gedragen moeten worden, en art. 1524 geen grond oplevert om ze op de andere te verhalen. En dat de meting tot de levering behoort, de kosten daarvan dus kosten der levering, en als zoodanig ten laste van den verkooper zijn, laat zich zeer wel aannemen, waar eene hoeveelheid roerende goederen bij het gewigt, het getal of de maat verkocht is (art. 1497); maar niet waar de koop en verkoop een bepaald onroerend goed tot onderwerp had, waarbij de meting niet tot de inbezitstelling behoort, en daarmede in geen bepaald verband staat (1).

---

(1) Verg. echter TROPLONG, n. 334; maar ook n. 345.

Ten aanzien van art. 1524 zij voorts nog opgemerkt, dat het volgens zijn algomeen luidenden aanhef, waardoor het zich van de voorgaande onderscheidt, van algemeene toepassing is, zoowel bij art. 1521 als bij art. 1522 en v.

Wanneer twee of meer erven tusschen dezelfde partijen te gelijk worden verkocht, met vermelding alleen van de gezamenlijke grootte en van éénen prijs voor alle, zoo doet het niet af, dat ze niet te zamen één perceel zijn, en kan er gehandeld worden alsof ze dat waren. Zijn ze met opgave van elks afzonderlijke grootte, en elk voor een afzonderlijken prijs verkocht, zoo maken ze inderdaad ieder het onderwerp uit van een afzonderlijken koop, en zijn ze ook aldus te beschouwen met betrekking tot de hier behandelde bepalingen, en deze al of niet toepasselijk op elk perceel in het bijzonder, als ware dat het eenig onderwerp van den koop. Maar de wet spreekt nog bepaaldelijk van een ander geval, dat namelijk twee — en wij zullen er wel mogen bijvoegen: of meer (1) — erven bij dezelfde overeenkomst voor éénen prijs verkocht zijn met opgave van de hoegrootheid van ieder, en er bevonden wordt, dat het eene een meerderen en het andere een minderen omvang heeft. Dan zal volgens art. 1526 dat verschil tot het vereischte beloop bij wege van vergelijking of compensatie vereffend, het meerdere van het een tegen het mindere van het ander weggerekend worden, en omgekeerd (2). En zoo zal dan ook de vordering, hetzij tot aanvulling, hetzij tot vermindering van den koopprijs, slechts plaats vinden overeenkomstig de in de voorgaande artikelen gestelde regelen.

Die bepaling is niet overbodig, bepaaldelijk niet om art. 1522. Zij neemt allen twijfel weg, die anders zou kunnen opkomen, wanneer het verschil tusschen de werkelijke en de opgegeven grootte ten aanzien van een der erven meer dan een twintigste bedraagt, ten aanzien van een ander niet, en het verschil van

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 100, n. 2; LAURENT, XXIV, n. 195.

(2) Volgens art. 1623 C. N. en den Franschen tekst van art. 1545 Wetb. v. 1830 on fait compensation jusqu' à due concurrence.

het een misschien door dat van het ander geheel of ten deele weer goed wordt gemaakt; als wanneer men zou kunnen meenen, dat de bepalingen der wet op het eerstbedoelde erf zouden moeten worden toegepast, alsof het op zich zelf stond. Dit wordt nu althans door art. 1526 uitgesloten, waar verondersteld wordt, dat het eene stuk grooter, het andere kleiner is dan was opgegeven. En al doet zich nu ook een ander geval voor, zoodat nevens een kleiner stuk geen ander is van meerdere dan de opgegeven grootte, maar die van het ander met de opgave overeenstemt of zelfs beneden deze blijft, dan mag toch uit art. 1526 ook worden afgeleid, dat het aankomt op de grootte der gezamenlijke erven, en er geene vermeerdering of vermindering van prijs te pas komt, zoo het verschil van het geheel niet ten minste een twintigste bedraagt (1).

Maar daartoe is dan ook noodig, wat in art. 1526 uitdrukkelijk op den voorgrond wordt gesteld, dat de erven niet alleen bij dezelfde overeenkomst, maar ook te zamen voor éénen prijs verkocht zijn. Waar dit het geval niet is, zijn twee afzonderlijke overeenkomsten van koop en verkoop aangegaan, al werden ze ook tegelijk gesloten en in ééne akte beschreven. Dit geldt zelfs, al was daarin ook de gezamenlijke prijs in eens vermeld, maar alleen als de som der voor de afzonderlijke erven bepaalde prijzen. In zoodanig geval blijft ieder erf op zich zelf staan; en zoo de werkelijke grootte van het een van de opgave een twintigste verschilt, kan daarvoor verhooging of vermindering van den prijs te pas komen, al bedraagt het verschil geen twintigste van aller gezamenlijke grootte, en al werd het ook door een daartegenover staand verschil ten aanzien van een ander erf geheel of voor een deel opgewogen (2).

Wanneer nu de erven van gelijken aard en dezelfde deugdelijkheid, en daardoor ook van gelijke waarde zijn, levert de compensatie, en in het algemeen de toepassing van art. 1526,

---

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 232; TROPLONG, n. 356.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 233; TROPLONG, n. 355 en v. Zie ook MARCADÉ, VI, bl. 248 en v., op art. 1623, n. II; LAURENT, XXIV, n. 195.

geene moeijelijkheid op. Anders kon het zijn, wanneer die hoedanigheid en waarde verschillen; en inderdaad wordt beweerd, dat dan de compensatie niet op de maat of op de grootte, maar op de waarde moet worden toegepast (1). Intusschen is van zoo iets in die bepaling geen sprake; regtstreeks al vast niet, maar ook niet door de verwijzing aan het slot daarvan naar „de hierboven vastgestelde regelen," waaronder natuurlijk ook art. 1522, en in het bijzonder het slot daarvan, begrepen is; wanneer het althans waar is, gelijk ik meen (2), dat we ook daar enkel met de grootte rekening te houden hebben, en niet met de meerdere waarde van het eene in tegenstelling van het andere deel van een erf. Het komt mij dan ook voor, dat de hier bestreden meening zich kwalijk laat overeenbrengen met de veronderstelling, waarvan art. 1526 uitgaat. Die veronderstelling is, dat er twee of meer erven te zamen zijn verkocht, met afzonderlijke opgave der grootte van elk dier erven, maar voor éénen prijs. Niets belet natuurlijk, en het is zelfs gebruikelijk, dat buiten de grootte van ieder erf ook zijn aard als bouw- of weiland, bosch, heide, moeras enz. wordt uitgedrukt; maar altijd moeten ze te zamen voor éénen prijs verkocht zijn, niet het bouwland voor dezen, het weiland voor dien, de heide enz. weer voor een anderen prijs. Doch hoe komen we dan aan de kennis van de waarde der afzonderlijke erven, die met elkander zijn verkocht, maar verkocht voor dien éénen prijs, die nu eenmaal voor alle te zamen is bepaald, en niet voor een afzonderlijken prijs voor dit en voor dat erf? Zal die waarde door den regter, voorgelicht door deskundigen, bepaald worden? Zal zij dus bepaald worden buiten de partijen om? Mij komt dit onaannemelijk voor; maar dit bevestigt mij dan ook in de opvatting der bepaling, waartoe haar inhoud mij leidt. Meent men, dat er toch ook wel rekening gehouden mogt worden met de meerdere of mindere waarde der erven, waardoor ligt meer

(1) Zie DURANTON, XVI, n. 231; TROPLONG, n. 355. Verg. ook POTHIER, n. 256; MARCADÉ, VI, bl. 245 en v., op art. 1625, n. I; LAURENT, XXIV, n. 194.

(2) Verg. hierboven, bl. 245.

dan vergoed kan worden wat aan de grootte ontbreekt, en omgekeerd, dan kan men daarom de bepaling der wet afkeuren, maar niet aanvullen of wijzigen. Doch dan bedenke men tevens, dat de wetgever hier de regten en verpligtingen der partijen regelt als gevolg eener koopovereenkomst, haar niet door hem gedicteerd, maar door haar gesloten, zoo als zij goed vonden dat te doen. En men bedenke verder, dat de wetgever door die regeling de afdoening der zaak aanmerkelijk heeft vereenvoudigd, met vermijding van omslagtige en kostbare procedures; en dat het zekere voordeel, 'twelk hierin gelegen is, kan opwegen tegen de mogelijkheid eener onbillijkheid voor de eene of voor de andere partij.

Die regten en verpligtingen kunnen partijen in het algemeen zelve bepalen zoo als zij goedvinden; zij kunnen dat ook ten aanzien van den invloed, dien de werkelijke grootte van het verkochte goed, of het verschil tusschen haar en de opgegevene, op den koopprijs hebben zal. Niets belet haar dezen zoo te bepalen, dat de grootte, al is die ook opgegeven, en al is die opgave ook nog zoo onjuist, in geen geval op vermeerdering of vermindering daarvan aanspraak zal geven. Zoodanige regeling is dan ook niet ongewoon, en niet zelden wordt met die bedoeling in het contract de bepaling opgenomen, dat partijen de maat niet op het goed willen gedoogen. Op de gebezigde woorden komt het ook hier niet aan; het is maar de vraag, of genoegzaam blijkt van de bedoeling der beide partijen om af te wijken van de bepalingen der wet (1). Dit zal men, geloof ik, kwalijk kunnen aannemen, wanneer de grootte met *ongeveer*, *omstreeks*, of eene dergelijke uitdrukking is opgegeven. Voor elk verschil, hoe gering ook, geeft ook de wet geen regt op verhooging of vermindering van den koopprijs, tot uitsluiting hiervan is dus die bijvoeging niet noodig; maar zeker zal men ook moeijelijk uit haar kunnen afleiden, dat nu geen verschil, hoe groot ook, daarop aanspraak zal geven. En waar zal men dan de grens stellen, die overschreden moet worden om die

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 341 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 249 en v., op art. 1623, n. III.

aanspraak te doen ontstaan, wanneer men niet ook hier aanneemt de grens die door de wet is gesteld? Eene afwijking hiervan ligt ook niet opgesloten, in eene uitdrukking, wier natuurlijke beteekenis eenvoudig de strekking medebrengt om niet als zeker voor te stellen, wat misschien niet volkomen juist is. En mist die uitdrukking dan alle praktische waarde, dit mag geen reden zijn om er iets uit te halen, wat er niet in ligt (1).

De bepaling, in art. 1519 op den voorgrond gesteld, en vervolgens alleen met betrekking tot onroerende goederen ontwikkeld, geldt daarom niet enkel van deze, maar ook niet minder ten aanzien van roerende goederen. En ook waar eene naar gewigt, getal of maat bepaalde hoeveelheid van zoodanige zaken van zekere soort verkocht is, behoeft de kooper geene grootere aan te nemen, maar zich ook met geene mindere tevreden te stellen. Hij kan dit doen, en dan onstaat er, al is het ook stilzwijgend, eene nieuwe overeenkomst, waarbij de koopprijs al ligt nader zal worden bepaald, maar anders ook geacht kan worden stilzwijgend naar evenredigheid verminderd te zijn. Maar hij kan ook levering van de gekochte hoeveelheid vorderen, en bij gebreke daarvan ontbinding met vergoeding van kosten, schaden en interessen, volgens art. 1302 en v. (2).

De wet behelst voorts met betrekking tot het hier besproken onderwerp nog eene bepaling, waarin zij, in het belang der regtszekerheid, een termijn heeft gesteld, binnen welken eene vordering wegens verschil tusschen de opgegeven en de werkelijke grootte moet, en met goed gevolg alleen kan, worden ingesteld. En deze bepaling, zelve geen aanleiding tot eenige beperking gevende, mag daarom geacht worden van algemeene toepassing te zijn. Wij lezen dan in art. 1525, dat de regtsvordering tot aanvulling van den koopprijs van de zijde des verkoopers, en die tot vermindering van den prijs, of tot ver-

(1) Verg. POTHIER, n. 253; TROPLONG, n. 340; MARCADÉ, VI, bl. 243 en v., op art. 1619 en v., n. III. Anders echter DURANTON, XVI, n. 229 en v.

(2) Verg. TROPLONG, n. 325.

nietiging van den koop, van den kant des koopers, aangelegd moeten worden binnen den tijd van een jaar, te rekenen van den dag waarop de levering is geschied, en dat bij gebreke van dien, die regtsvorderingen vervallen zullen zijn. Een bepaalde termijn dus, met een bepaald aanvangspunt. Wat het laatste betreft, art. 1544 Wetb. van 1830 liet, in overeenstemming met art. 1622 C. N., den termijn loopen van den dag waarop de koop is aangegaan; maar bij de herziening is daarvoor de dag der levering in de plaats gesteld (1). Wij zullen hierbij moeten denken, niet aan de levering in den zin van overdragt, waardoor de eigendom op den kooper overgaat (2), aan de overschrijving dus der akte; maar aan de levering in den zin van art. 1511, denzelfden waarin dat woord hier telkens wordt gebezigd (3). En het komt mij voor, dat met het oog op zoodanige bepaling, bij gebreke van wier inachtneming volgens haar slot het regt van vordering vervallen is, partijen bezwaarlijk bevoegd geacht kunnen worden om daarvan bij hare overeenkomst af te wijken, met name om een langeren termijn te stellen, en dat zij dat bepaaldelijk ook niet kunnen doen, door in plaats van het door de wet bepaalde een ander aanvangspunt aan te wijzen (4). Al komt hier art. 1984 (5) niet te pas, de aard en strekking onzer bepaling, met haar gebiedend slot, wijzen dat dunkt mij aan.

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 180.

(2) Zoo werd het in de memorie van toelichting voorgesteld, zie VOORDUIN, V, bl. 179, op art. 1523, n. II, en daardoor heb ik mij in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 164, laten meeslepen. Maar die voorstelling mag beschouwd worden als een gevolg van hetzelfde misverstand, waarvan wij reeds vroeger een blijk hebben kunnen opmerken; zie hierboven, bl. 211 en v.

(3) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 99, n. 1; zie ook bl. 80.

(4) Bepaaldelijk kunnen zij ook niet een bepaalden dag voor de meting vaststellen, om zoo den termijn van daar te laten loopen, zooals beweerd wordt door DURANTON, XVI, n. 238; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 354, bl. 400, n. 6; LAURENT, XXIV, n. 205.

(5) Op die bepaling wijst TROPLONG, n. 351.

Het geldt hier eene eenvoudige termijnsbepaling, en geen verjaring; van stuiting of schorsing moet daarom hier geen sprake zijn, en de bepaling geldt dus ook voor allen, onafhankelijk van leeftijd enz (1). Zij is ook toepasselijk in al de hier bedoelde gevallen, in dat van art. 1520 en v. zoowel als in dat van art. 1522 en v. (2). Zij geldt ook niet enkel, wanneer de partijen zich geheel aan de wettelijke bepalingen gehouden hebben, maar even goed wanneer zij met afwijking daarvan hare onderlinge regten en verpligtingen eenigszins anders hebben geregeld. Al is b. v. eene andere verhouding dan van een twintigste aangenomen, de aard en strekking der vordering is er dezelfde om, en wijzigingen heeft de wetgever ook blijkens het slot van art. 1522, zich hier wel als mogelijk voorgesteld (3). Maar art. 1525 moet ook alleen worden toegepast, waar het eene vordering betreft met betrekking tot onroerend goed, ter zake van den meerderen of minderen omvang daarvan. Wanneer de kooper buiten het gekochte erf nog iets anders in bezit gekregen heeft, en de verkooper vordert dat dit weder afgestaan of ook daarvoor betaald zal worden, gelijk ook wanneer de kooper levering eischt van een stuk grond of een gebouw, dat volgens zijne bewering mede in den koop begrepen was, is art. 1525 buiten toepassing, en komt alleen de gewone verjaring te pas (4). En wanneer men ook al geen reden vindt, waarom in het eene geval de vordering niet evenzeer als in het andere tot een bepaalden termijn is beperkt, zoo verlieze men niet uit het oog, dat termijnen en verjaring bij uitnemendheid onderworpen zijn van positief regt.

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 349; DURANTON, XVI, n 237; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 354, bl. 400; MARCADÉ, VI, bl. 244, op art. 1619 en v., n. V. Zie echter ook LAURENT, XXIV, n. 202.

(2) Verg. TROPLONG, n. 354.

(3) Verg. TROPLONG, n. 350 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 354, bl. 400, n. 8; MARCADÉ, t. a. p.; LAURENT, XXIV, n. 204.

(4) Verg. TROPLONG, n. 352 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 354, bl. 400, n. 7; LAURENT, XXIV, n. 207.

Behalve tot levering is de verkooper volgens art. 1510 verpligt tot vrijwaring der verkochte zaak; of liever, nadat hij zijne verpligting tot levering vervuld heeft, blijft hij nog tot vrijwaring gehouden. Wij hebben hierbij te denken aan eene afwering van alles wat het bezit en genot der zaak belemmert, of schadeloosstelling te dier zake, voor zoo ver die belemmering niet verhinderd wordt of kan worden. Terwijl de levering strekt om den kooper het vrije bezit en daardoor het genot der gekochte zaak te verschaffen, dient de vrijwaring om het voortdurend gevolg der levering te waarborgen, of het gemis daarvan en de verijdeling van het doel van den koop te vergoeden.

Die vrijwaring heeft volgens art. 1527 „twee strekkingen, namelijk, vooreerst, het rustige en vreedzame bezit van de verkochte zaak, ten tweede, de verborgen gebreken dier zaak, of de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van den koop." Nu is het zeker minder gepast van twee strekkingen der verpligte vrijwaring te spreken (1), en kan men liever zeggen, dat zij twee verschillende voorwerpen, dat zij tweeërlei werking heeft. Maar als men vrijwaring opvat in den zoo even aangeduiden zin, laat zich de laatste even goed als de eerste daartoe brengen.

De bepaling van art. 1527 kan gevoegelijk worden beschouwd als een brug of overgang, eene inleiding tot de behandeling der vrijwaring. Duidelijker komt dit uit in den C. N., waar art. 1625, het eerste der afdeeling de la garantie, gevolgd wordt door § I, de la garantie en cas d'éviction en § II de la garantie des défauts de la chose vendue. Bij ons loopt de tweede afdeeling, die van de verpligtingen des verkoopers handelt, zonder in het oog vallende splitsing in éénen door; maar art. 1527 brengt ons na de behandeling der eene verpligting tot die der andere, waarvan de verschillende voorwerpen achtereenvolgens geregeld worden, het eene in art. 1528—1539, het andere in art. 1540—1548. Maar al heeft nu art. 1527 als inleiding geene

(1) De Fransche tekst van art. 1546 Wetb. v. 1830 sprak van deux objets, even als art. 1625 C. N., waarvoor de vertaling had: twee onderwerpen.

of zeer geringe wetgevende waarde, toch geeft het aanleiding tot enkele opmerkingen, ten aanzien van het eene en van het andere voorwerp.

Het eerste wordt aangeduid als het rustige en vreedzame bezit van de verkochte zaak; en dit is in overeenstemming met al de artt. 1528—1539, met art. 1538 zoo wel als met de overigen. Zoo staat ook art. 1638 C. N. mede in verband met la possession paisible de la chose vendue, maar past, wat daar gezegd is omtrent erfdienstbaarheden waarmede het verkochte goed bezwaard is, zeker weinig in eene § de la garantie en cas d'éviction, daar van uitwinning daarbij geen sprake is. De opmerking, bepaaldelijk ook omtrent de inrigting van ons Wetboek vergeleken met die van den C. N., is niet zonder praktisch belang, met name ook met betrekking tot art. 1539.

Als tweede voorwerp van vrijwaring noemt de wet „de verborgen gebreken der zaak, of de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van den koop"; maar wat beteekent dat? Dat verborgen gebreken aanleiding kunnen geven tot vernietiging of tot ontbinding van den koop, kan men zich gereedelijk voorstellen, maar hoe het begrip van verborgen gebreken door de daarbij gevoegde woorden verklaard en nader bepaald kan worden — en dit is toch niet alleen in schijn, maar ook inderdaad de strekking der bijvoeging — is op zich zelf minder duidelijk; en zoo heeft deze zelve eene nadere verklaring noodig om te doen zien, niet dat zij van eenige waarde en werkelijk gepast is, maar toch, hoe men er aan gekomen is, en wat men er door wilde aanduiden. Art. 1625 C. N. spreekt van les défauts cachés — ou les vices rédhibitoires; de vertaler gaf daarvoor: de verborgene gebreken — of de gebreken, welke aanleiding geven om den koop te vernietigen, en bij ons werd de vertaling met geringe wijziging, de Fransche uitdrukking zuiver overgenomen. Daaruit kan nu hij, die uit het Romeinsche regt de vitia redhibitoria heeft leeren kennen, met grond afleiden, dat hier zoodanige gebreken bedoeld worden. Wie met die kennis niet is toegerust, zal minder goed de slotwoorden van art. 1527 begrijpen, maar overigens weinig of niets missen, daar onze wetgever zelf de bedoelde gebreken genoegzaam nader heeft aangeduid, dat wij

zijne bepalingen ook zonder zoodanige toelichting kunnen verstaan.

Voor des verkoopers verpligting tot vrijwaring is niet noodig, dat hij op eene onbehoorlijke wijze den kooper tot koopen heeft verleid, noch ook dat vrijwaring bedongen, of daarover althans tusschen partijen gesproken is. Als verkooper is hij uit kracht van art. 1510 tot vrijwaring verpligt. Art. 1528 zegt ook uitdrukkelijk, dat hij van regtswege verpligt is den kooper voor uitwinning te waarborgen, hoezeer bij den verkoop geen beding omtrent de vrijwaring gemaakt zij; en art. 1532 zegt eveneens uitdrukkelijk, dat het om het even is, of vrijwaring beloofd, of dienaangaande niets bedongen is geworden. En dat nu hetzelfde elders, met name ten aanzien der verborgen gebreken, niet nog eens weder gezegd is, doet niet af. Wat art. 1510 omtrent de verpligting tot vrijwaring zegt, geldt gelijkelijk voor de beide strekkingen welke zij volgens art. 1527 heeft, en maakt haar ten aanzien van het eene zoowel als van het andere voorwerp tot eene wettelijke verpligting.

Kan men alzoo zeggen, dat die verpligting tot den aard of de natuur der overeenkomst van koop en verkoop behoort, zij behoort niet tot haar wezen; er kan wel koop en verkoop bestaan zonder die verpligting. De wet zelve heeft uitdrukkelijk in art. 1529 gezegd: „Partijen kunnen, bij bijzondere overeenkomsten, deze door de wet opgelegde verpligting uitbreiden of inkorten; zij kunnen zelfs overeenkomen dat de verkooper tot geene vrijwaring hoegenaamd zal gehouden zijn." De kooper kan in meerdere of mindere mate of ook geheel afstand doen van een regt, dat de wet hem enkel in zijn belang heeft gegeven; de verkooper kan bij overeenkomst de verpligting die de wet hem oplegt uitbreiden en zich belasten met alles, waartoe hij zich wel verbinden wil. En al komt dat art. 1529 voor onder de bepalingen, die de vrijwaring wegens uitwinning betreffen, en al is het althans in die algemeenheid niet ten aanzien der andere herhaald of daarop toepasselijk verklaard, toch is het weder aan geen redelijken twijfel onderhevig, dat hetzelfde in gelijke algemeenheid ook daarvoor moet worden aangenomen.

Partijen kunnen de verpligting, zooals zij door de wet bepaald

is, uitbreiden, zoo door de gevallen, waarin vrijwaring te pas zal komen, tot andere uit te strekken, waarin de wet daartoe niet verpligt; b.v. wegens enkele stoornis, of wegens gebreken, die de zaak niet ongeschikt maken voor het gebruik en dit zelfs niet verminderen, als door de verpligting waar zij volgens de wet bestaat te verzwaren, b.v. de schadeloosstelling op een hooger bedrag te bepalen; zij kunnen dus de verpligting uitbreiden wat de gevallen, maar ook wat de werking betreft. Op gelijke wijze kan die verpligting worden ingekort, door de vrijwaring tot bepaalde gevallen te beperken of voor bepaalde gevallen uit te sluiten, maar ook door, waar zij te pas komt, haar minder gestreng te maken. De verpligting kan ook geheel worden uitgesloten (1).

Maar tot dat een of ander is een bijzonder en uitdrukkelijk beding noodig, 'twelk genoegzaam de bedoeling der partijen doet kennen. Eene toezegging, die aan eene afwijking van den wettelijken regel kan doen denken, doch deze niet bepaaldelijk insluit, is ook voor zulk een afwijking niet voldoende. Aan uitdrukkingen, die eenvoudig medebrengen, wat ook de wet zegt, en die derhalve overbodig zijn, mag daarom geen meerdere kracht of ruimere werking worden toegekend. De wet geldt, zoolang daarvan niet bepaaldelijk is afgeweken. Of en in hoe ver dit in een bijzondere overeenkomst van koop en verkoop is geschied, is eene vraag van uitlegging, die desnoods de regter met het oog op die overeenkomst te beslissen heeft. Daarbij kan ook de bepaling van art. 1509 toepassing vinden, volgens welke alle duistere en dubbelzinnige bedingen worden uitgelegd ten nadeele van den verkooper. Maar daartoe is dan ook noodig, dat de betrekkelijke bedingen werkelijk duister en dubbelzinnig zijn, en is het niet genoeg dat men ze door redenering als zoodanig kan doen voorkomen (2).

---

(1) Verg. MALEVILLE, III, bl. 383; DURANTON, XVI, n. 251; TROPLONG, n. 472; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 404.

(2) Verg. TROPLONG, n. 466 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 404, n. 4; MARCADÉ, VI, bl. 259 en v., op art. 1626 en v., n. V.

Wat nu vooreerst betreft de vrijwaring wegens het rustige en vreedzame bezit der verkochte zaak, zij komt ook nog weder om tweeërlei oorzaak te pas. De verkooper is volgens art. 1528 verpligt „den kooper te waarborgen voor de uitwinning, welke deze op het geheele (1) verkochte goed, of op een gedeelte daarvan, komt te lijden, of wegens de lasten welke men beweert op dat goed te hebben, en die bij het aangaan van den koop niet opgegeven zijn." En gelijk die bepaling bij ons de eerste is, die volgt op het inleidend art. 1527, opent de C. N. met art. 1626 de § de la garantie en cas d'éviction. Wij worden daar gewezen op vrijwaring wegens uitwinning en op die wegens lasten, welke men, d. i. een derde, op het goed beweert te hebben (2). De wet spreekt bepaaldelijk van de eerste, met het oog op eene uitwinning van het geheele goed in art. 1532—1535 en voor die van een gedeelte in art. 1536 en v., en van de vrijwaring wegens lasten in art. 1538; terwijl in art. 1529—1531 en 1539 bepalingen voorkomen van meer algemeene strekking.

De uitwinning, waarvoor de verkooper den kooper moet vrijwaren, komt in het algemeen te pas, wanneer deze niet als zoodanig de door hem gekochte en aan hem geleverde zaak behouden kan, maar haar afstaan of missen moet ten gevolge van een regt, dat een ander op haar had reeds voor dat zij aan hem verkocht of overgedragen werd. Dat kan een eigendomsregt zijn, maar ook een hypotheek. Die eigenaar der zaak was, toen zij door een ander verkocht werd, verloor hierdoor

---

(1) In onze uitgaven, ook in die van FRUIN, staat: geheel; maar ten onregte. Daar past een bijvoegelijk naamwoord, geen bijwoord. En in overeenstemming met art. 34 van het ontwerp (bij NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 228 en v.), lezen wij in art. 34 der Wet van 1 Maart 1825, Sb. n. 19, art. 1547 Wetb. v. 1830: het geheele verkochte goed (la totalité ou partie de l'objet vendu, overeenkomstig art. 1626 C. N.); en bij de Wet van 15 Junij 1833, Sb. n. 36, is daarin niets veranderd.

(2) De Fransche tekst van art. 1547 Wetb. v. 1830 sprak, even als art. 1626 C. N., van charges prétendues sur cet objet; ons *men* is uit de vertaling overgenomen.

zijn eigendom niet; hij bleef daarom eigenaar en als zoodanig volgens art. 629 geregtigd om de aan hem toebehoorende zaak terug te vorderen van iederen houder, om het even onder welken titel deze haar ook onder zich mag hebben gekregen. Een schuldeischer kan ook de goederen van zijnen schuldenaar uitwinnen, door geregtelijken verkoop, met al wat daartoe behoort, ook goederen welke die schuldenaar na het aangaan der schuld door koop gekregen heeft; maar hier moet deze die goederen missen wegens zijne eigene schulden, en ten gevolge eener bevoegdheid die zijn schuldeischer als zoodanig met betrekking tot die goederen kan uitoefenen, niet uit kracht van een regt dat hij op die goederen zelve heeft, en natuurlijk valt er in zoodanig geval aan geen verpligting van den verkooper tot vrijwaring te denken. Doch uit kracht van een regt van hypotheek, een regt dat men alleen als schuldeischer hebben kan, maar dan ook als schuldeischer, hetzij van den eigenaar van het goed, hetzij van een geheel ander persoon, dat alleen verleend kan worden door iemand die bevoegd is het goed te vervreemden (art. 1214), maar waarmede dan ook, als het eens wettig tot stand gekomen is, het goed belast blijft, in welke handen het moge overgaan (art. 1209*b*), — uit kracht van zoodanig regt kan het goed, ook nadat het verkocht en aan den kooper geleverd en overgedragen is, uitgewonnen worden wegens schulden van een ander, waarmede hij overigens niets te maken heeft; doch dan heeft hij ook weder als kooper tegenover zijnen verkooper regt op vrijwaring.

Wat hier van een regt van hypotheek gezegd is, komt niet evenzeer te pas ten aanzien van dat van pand op roerende zaken, omdat dit pandregt volgens art. 1198 vervalt, wanneer de in pand gegeven zaak uit de magt van den pandhouder geraakt; wat wel geen gevolg is van haren verkoop, maar dan toch van hare daarop gevolgde levering, zonder welke ook geen vrijwaring te pas komt. Maar wanneer de zaak door den pandhouder verloren of aan hem ontstolen, en daarna door den houder verkocht en van den kooper opgevorderd is, wat ten gevolge der Wet van 8 Julij 1874, Sb. n. 95, volgens art. 1198 zich zeer wel denken laat, zal die kooper ook weer door den verkooper gevrijwaard moeten worden. Een voorregt of privilegie blijft in den regel

niet in stand, wanneer het voorwerp daarvan niet meer aan den schuldenaar toebehoort; evenwel kan toch ook hier volgens art. 1188 het tegendeel plaats vinden, en dan zal ook hier weer de kooper regt op vrijwaring hebben.

Voor eene uitwinning uit kracht van een regt van hypotheek komt geene procedure tegen den kooper te pas; de schuldeischer kan zijn regt vervolgen overeenkomstig de bepalingen van art. 1242 en v. Anders is het in andere gevallen, met name waar iemand als eigenaar zijn in art. 629 erkend regt wil doen gelden om de hem toebehoorende zaak van den houder op te vorderen. Hij staat met den verkooper in geene betrekking; hij staat ook niet in betrekking met den kooper als zoodanig, hij heeft alleen te maken met den houder, en dit zal in den regel de kooper zijn, en als zoodanig zal deze zelfs dan beschouwd en behandeld kunnen worden, wanneer een ander de zaak onder zich heeft voor hem. In den regel zal dan de eigenaar als eischer optreden tegen den kooper.

Wanneer nu dit geschied is, behoeft de kooper niet het vonnis en de daarop volgende uitwinning af te wachten, alvorens zijnerzijds tegen den verkooper op te treden. Hij kan volgens art. 68 W. v. B. R., en op de daar nader bepaalde wijze, in den loop en al aanstonds bij den aanvang van het door den eigenaar aangevangen geding, dien verkooper tot vrijwaring oproepen. Hij kan dat met dit gevolg, dat deze de zaak van hem kan en misschien wel moet overnemen, en hij zelf buiten het proces kan worden gesteld; terwijl het vonnis volgens art. 71 van dat Wetb. tegen den gewaarborgde, dus tegen hem, zal worden ten uitvoer gelegd, maar hij dan ook tegenover den verkooper aanspraak heeft op alles, wat hem ter zake der uitwinning toekomt (1).

---

(1) De wijze van procederen behoef ik hier niet te behandelen. En daar we hier bepaaldelijk spreken over het gevolg eener uitwinning van de verkochte zaak, kan ik mij ook gevoegelijk onthouden van de behandeling der vraag, hoe de kooper den verkooper tot vrijwaring zal kunnen oproepen in een geding dat niet tegen, maar door hem is aangevangen. In zoodanig geval toch ben ik, ofschoon daarover niet

De kooper is tot die oproeping van den verkooper in het geding bevoegd, maar niet verpligt (1). Het is echter in meer dan één opzigt van belang, dat het geschiedt. Dan zal de verkooper gelegenheid hebben om voor of nevens den kooper den eisch te bestrijden, en het is ligt mogelijk dat hij daartoe meer dan deze in staat is. Leidt die bestrijding tot eene afwijzing van den eisch, dan heeft er geen uitwinning plaats; de kooper blijft het verkochte behouden, en vrijwaring komt daarbij niet te pas. In het tegenovergesteld geval, wanneer het vonnis, waarbij de eisch wordt toegewezen, tegen den verkooper, althans mede tegen hem gewezen werd, is daardoor ten aanzien van hem zoowel als van den kooper beslist, dat de eischer eigenaar was der zaak, dat de kooper haar heeft moeten afstaan, en dat er dus alleszins termen bestaan voor eene verpligting tot vrijwaring, waarover anders aanleiding zou kunnen zijn tot een nieuw geding tusschen kooper en verkooper over de vraag, of

---

weinig is gestreden, van meening, dat hem het regt tot zoodanige oproeping wel degelijk ook moet worden toegekend, wanneer hij daaraan behoefte gevoelt. En dit zal ligt het geval zijn, wanneer b.v. de kooper eener schuldvordering, van den schuldenaar betaling eischende, door dezen beantwoord wordt met eene ontkenning van het bestaan der schuld. De wet nu belet het niet. Zij spreekt wel in art. 68 W. v. B. R. van het geval dat de verweerder vermeent gronden te hebben om iemand tot vrijwaring op te roepen, terwijl dit ook het geval is in art. 32 C. d. P. C., en wel art. 175 van dien Code meer algemeen spreekt van celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie, maar deze bepaling voorkomt in eene § des exceptions dilatoires. Maar zij zegt niet dat de eischer dat regt niet heeft, noch dat de verweerder het alleen heeft; zij zegt zelfs niet dat deze het heeft; zij veronderstelt dit eenvoudig en bepaalt slechts de wijze waarop hij het moet uitoefenen. Hieruit nu kan men niet veilig afleiden dat een eischer niet evenzeer die veronderstelde bevoegdheid heeft, al is deze niet evenzeer uitdrukkelijk erkend en de manier van procederen daarvoor niet evenzeer door de wet bepaald. Natuurlijk zal echter in den regel eene oproeping tot vrijwaring van den kooper uitgaan.

(1) In art. 2489 Ontw. v. 1820 was hem zoodanige verpligting opgelegd.

de revindicatoire vordering wel had moeten toegewezen worden, of die toewijzing ook een gevolg is van verzuim van verdediging of eene gebrekkige verdediging aan zijde van den kooper, in wiens belang het misschien wel zou kunnen zijn, dat dit goed werd uitgewonnen en hij regt op vergoeding deswege bekwam, vooral wanneer het na den koop meer of minder in waarde verminderd was, en hij nu desniettemin den geheelen koopprijs zou terugbekomen (art. 1533). Door eene uitspraak toch, alleen tusschen hem die als eigenaar het goed opeischte en den kooper gedaan, zouden die vragen niet ook tegenover den verkooper beslist worden, daar het gezag van een regterlijk gewijsde volgens art. 1954 zich zoo ver niet uitstrekt, en niet kan worden ingeroepen in een geding, dat niet door en tegen dezelfde partijen gevoerd zou worden.

De wet heeft dan ook die oproeping van den verkooper bevorderd, en den kooper daartoe in zijn eigen belang gedrongen, door deze bepaling van art. 1539: „De vrijwaring ter zake van uitwinning houdt op, indien de kooper zich bij een vonnis, hetwelk in kracht van gewijsde is gegaan, heeft laten veroordeelen, zonder den verkooper te roepen, en deze bewijst dat er genoegzame gronden aanwezig waren om den eisch te doen ontzeggen." De bepaling, in het belang van den verkooper gemaakt, is volkomen billijk ook ten aanzien van den kooper, die nu om het verzuim der oproeping niet onbepaald van zijn regt op vrijwaring beroofd wordt, maar alleen wanneer men mag aannemen dat die oproeping het uitblijven der uitwinning en dus der aanleiding tot vrijwaring ten gevolge zou hebben gehad, maar dan ook het verzuim daarvan redelijkerwijze ten nadeele van hem en niet van den verkooper werken moet (1).

De vrijwaring wegens uitwinning houdt op, la garantie cesse zegt de Fransche tekst van art. 1558 Wetb. v. 1830, even als art. 1640 C. N.; het regt daarop vervalt, zij kan niet meer

(1) Verg. een antwoord der Regering bij VOORDUIN, V, bl. 184; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 553; BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij V., bl. 184 en v.; bij N., I, bl. 49. Voorts TROPLONG, n. 540; DURANTON, XVI, n. 304; LAURENT, XXIV, n. 262.

gevorderd worden. Maar dit is eerst dan het geval, wanneer de kooper zonder oproeping van den verkooper tot afgifte van het goed veroordeeld is bij een vonnis dat kracht van gewijsde heeft verkregen, zoodat daartegen door geen gewoon wettig regtsmiddel meer kan worden opgekomen, 'twelk nog tot zoodanige oproeping aanleiding of gelegenheid zou geven, en het geding dus geheel buiten den verkooper om is afgedaan, zonder dat deze zijn goed regt heeft kunnen doen gelden. Bovendien moet, om op dien grond een eisch tot vrijwaring te kunnen doen afwijzen, door den kooper bewezen worden dat er voldoende gronden aanwezig waren om den eisch tot afgifte van het goed te doen ontzeggen. Zijn die er niet, dan zou zijne oproeping ook tot geen gunstiger resultaat geleid hebben, is hij dus door het verzuim daarvan niet benadeeld, maar moet hij zich nu daarop ook niet in zijn voordeel kunnen beroepen. En met het bewijs in dezen is niet de kooper, die als eischer tot vrijwaring tegen hem optreedt, maar hij zelf belast. Doch hij kan nu ook al de gronden aanvoeren, die hem ten goede kunnen komen; die welke in het ander geding ook reeds door den kooper aangevoerd zijn, zoowel als andere, waarop deze niet had gewezen (1). De eerste, die het veroordeelend vonnis niet hebben afgeweerd, en dus door den regter die dit wees niet voldoende geacht zijn, kunnen daarom niet allen op zich zelf wel degelijk voldoende zijn, maar behoeven ook in regten niet als ongenoegzaam beschouwd te worden, omdat hier andere partijen tegenover elkander staan, ten gevolge van een anderen eisch, met eene andere strekking, en wij hier dus met geen gezag van een regterlijk gewijsde te doen hebben; en het gezegde zelfs dan geldt, wanneer het geding over de vrijwaring bij denzelfden regter gevoerd moet worden. Ook zou de verkooper, wanneer het ander geding alleen in eersten aanleg gevoerd, althans niet in kracht van gewijsde gegaan was, van een hem veroordeelend vonnis misschien in hooger beroep of

(1) Zie echter DE PINTO, II, § 881, 5e uitg., bl. 595, 6e uitg., bl. 624; wiens bewering ook onjuist wordt geacht door TEIXEIRA DE MATTOS, in n. c.

cassatie kunnen komen. In allen gevalle dient zijne verpligting tot vrijwaring af te hangen van de werkelijk bestaande toestanden, en de wet, die hem belast met — maar ook toelaat tot — het bewijs van het bestaan van genoegzame gronden om den eisch te doen ontzeggen, bindt of beperkt hem te dien aanzien in geen enkel opzigt. Dit geldt ook van alles wat tegen dien eisch aangevoerd kan worden, van verjaring of wat het anders zijn mag, waarop in het afgeloopen geding een beroep gedaan had kunnen worden (1).

Intusschen is eene procedure en een daarop gevolgd vonnis geen noodzakelijk vereischte voor de verpligting tot vrijwaring. Wanneer de kooper, hetzij ten gevolge eener ingestelde vordering, hetzij ook zonder dat het daartoe gekomen is, met toestemming van den verkooper het goed aan een derde afstaat, bestaat die verpligting even goed. Zonder toestemming van den verkooper zal de kooper dat niet ligt doen; maar zoo hij het deed, zou hij daardoor zijn regt op vrijwaring niet verbeuren, zoo maar blijkt dat de derde als eigenaar regt had op het goed; alleen zou de bewijslast nu niet, gelijk in het geval van art. 1539, op den verkooper rusten; maar op den kooper, die, als eischer tot vrijwaring optredende, het regt van den derde zal moeten bewijzen, dat de grond van zijne vordering is. En wanneer de kooper, wiens verkooper geen eigenaar van het goed was, later, onder welken titel ook, aan den werkelijken eigenaar opvolgt, en nu hierdoor tot het bezit geregtigd geen uitwinning ondergaat, maar het goed alleen behoudt uit kracht van dat later op hem overgegaan regt, en niet als kooper, terwijl de uitwinning in dezen eenvoudig niet te pas is gekomen, doordien hij en niet een ander aan den regthebbende is opgevolgd, dan mag men aannemen, dat hij tegenover den verkooper evenwel regt op vrijwaring heeft, omdat hij het goed niet als kooper behouden kon, wat toch de strekking der overeenkomst was. Daarop komt het aan, daarop heeft hij aanspraak; en zoo goed als in het geval van art. 667*b* de eigendom overgaat ook zonder werkelijke levering, omdat deze door de omstandigheden over-

(1) Verg. ook DURANTON, XVI, n. 304; LAURENT, XXIV, n. 262.

bodig is, zal ook hier het gevolg eener uitwinning plaats vinden zonder werkelijke uitwinning, omdat ten gevolge der omstandigheden deze niet te pas is gekomen (1).

Het regt om vrijwaring te vorderen komt natuurlijk in de naaste plaats toe aan den kooper, hetzij deze zelf het goed onder zich heeft en afstaan moet, hetzij dit het geval is met een ander, die het van hem gekregen of voor hem in bezit heeft. Maar datzelfde regt moet evenzeer aan zijnen erfgenaam worden toegekend, of aan zijne erfgenamen, zoo er meer zijn; en dan tot aan de boedelscheiding aan allen te zamen en aan ieder voor zijn erfdeel, en daarna aan dengene wien het goed is toebedeeld, ten gevolge waarvan deze geacht wordt daarin onmiddellijk en alleen te zijn opgevolgd (art. 1129) (2). En het komt mij voor, dat dat regt mede aan zoodanige regtverkrijgenden toekomt, die den kooper bepaaldelijk ten aanzien der door hem gekochte zaak zijn opgevolgd onder een bijzonderen titel. De algemeene werking eener opvolging onder algemeenen titel is bij die onder bijzonderen titel beperkt tot datgene, ten aanzien waarvan zij plaats heeft, maar bestaat dan ook voor zoo ver. Daarmede staat ook de bepaling van art. 1354 in verband, dat men verondersteld wordt bedongen te hebben voor zich zelven, en voorts niet alleen voor zijne erfgenamen, maar ook voor zijne regtverkrijgenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, wat wij niet veronderstellen dat hier is geschied, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeijen, wat hier zeker niet het geval is. En uu moge de vrijwaring niet bepaaldelijk bedongen zijn, het regt daarop is toch een natuurlijk uitvloeisel der overeenkomst van koop en verkoop, aangegaan door de partijen, doch om te werken, niet alleen voor haar zelve, maar ook voor hare erfgenamen en regtverkrijgenden. En het komt er dan ook niet op aan, of de regt-

---

(1) Verg. ook POTHIER, n. 82 en v.; DURANTON, XVI, n. 248 en v.; TROPLONG, n. 415, 431; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 401; MARCADÉ, VI, bl. 252, op art. 1626 en v., n. I; LAURENT, XXIV, n. 216.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 280; TROPLONG, n. 429.

verkrijgende al of niet ook tot vrijwaring geregtigd is tegenover dengene aan wien hij zijn regt ontleent, of hij het goed gekregen heeft door koop, dan wel bij wijze van schenking of legaat (1).

Aan den anderen kant kan men zijn regt op vrijwaring doen gelden, gelijk tegen den verkooper zelven, zoo ook tegen zijne erfgenamen. Maar zoo ook tegen vroegere bezitters, die nog tegenover den verkooper tot vrijwaring verpligt zijn. Had die verkooper het goed op eene andere wijze verkregen van iemand, die te dier zake jegens hem tot geene vrijwaring gehouden was, zoo kan deze het natuurlijk ook niet zijn jegens diens regtverkrijgenden. En is de verpligting tot vrijwaring ten aanzien van eenen vroegeren verkooper door een uitdrukkelijk beding uitgesloten (art. 1529) of door verjaring of eene andere oorzaak opgeheven, dan kan ook geen regtverkrijgende hem daartoe meer aanspreken. Maar wanneer anders een voor uitwinning vatbaar goed bij onderscheidene koopcontracten door den een aan den ander is overgedragen, kan wel natuurlijk hij die de uitwinning ondergaat van zijnen verkooper, deze daarop van den zijnen vrijwaring vragen, en zoo vervolgens, maar de laatste kooper kan ook zelf een vroegeren verkooper aanspreken, niet als uitoefenende het regt van eenen voorganger, maar uit kracht van een eigen regt, dat hij als regtverkrijgende van dien voorganger heeft. Het is voor dien kooper van belang, dat hij dat kan, omdat degene, van wien hij het goed gekocht heeft, wel eens onvermogend en tot vrijwaring niet in staat kan zijn, en tevens ongeneigd om zijn regt tegen zijnen voorganger over te dragen. Het is ook voor vroegere verkoopers niet nadeelig, veelmeer zelfs in hun belang, dat de laatste kooper, met voorbijgang van zijnen verkooper zich dadelijk tot een vroegeren wenden kan, omdat dit tot vereenvoudiging leidt en tot besparing van kosten, die ten slotte toch te hunnen laste zouden komen. En is het waar, wat ik zoo even over het regt van regtverkrijgenden zeide, dan is er zeker ook naar regte tegen die bevoegdheid

---

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 273—276; TROPLONG, n. 429; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 402 en n. 6; LAURENT, XXIV, n. 229 en v.

geen bezwaar. De eischer moet dan slechts kunnen bewijzen, dat hij een regtverkrijgende is van eenen kooper, jegens wien de gedaagde als verkooper tot vrijwaring verpligt is (1).

Intusschen moet worden opgemerkt, dat hij, tegen wien het goed uitgewonnen wordt, ook wanneer hij zijn regt tegen een vroegeren verkooper doet gelden, daarom toch geen aanspraak kan maken op teruggave van eenen hoogeren koopprijs, dan dien hij zelf betaald heeft, al had die andere ook een hoogeren gebeurd. Hij is het die gevrijwaard moet worden, en voor de daartoe behoorende teruggave van den koopprijs moet daarom alleen die in aanmerking komen, welken hij betaald heeft; en al kan hij als regtverkrijgende van een vroegeren kooper zijn regt tegen diens verkooper doen gelden, dat regt betreft daarom even goed zijn koopprijs (2). Aan den anderen kant is ook een vroegere verkooper niet verpligt aan een lateren kooper den vollen koopprijs terug te geven, dien deze betaald heeft, wanneer hij zelf minder heeft ontvangen. Hij zou aan zijnen kooper niet meer hebben moeten teruggeven, wanneer deze de uitwinning had ondergaan, en kan niet tot meer verpligt worden, doordien deze het goed had overgedragen. En degene, die zelf het goed bij wijze van schenking of legaat gekregen en als zoodanig geen regt op vrijwaring heeft, kan dit ook niet doen gelden tegen hem van wien zijn voorganger het had gekocht, terwijl de schenker van het goed ook niet tot vrijwaring verpligt wordt, doordien zijn begiftigde het aan een ander heeft verkocht (3).

Wanneer meer personen een gemeenschappelijk goed te zamen verkocht hebben, zijn zij met elkander, maar daarom niet hoofdelijk tot vrijwaring verpligt, tenzij zulks uitdrukkelijk mogt

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 437; DURANTON, t. a. p.; ZACHARIAE, t. a. p.; LAURENT, XXIV, n. 229. Anders echter DE PINTO, II, § 877, 5e uitg., bl. 593 en v., 6e uitg., bl. 622; OPZOOMER, A, III, bl. 115 en v., 2e uitg., II, bl. 148 en v., B, VIII, bl. 106—108.

(2) Verg. TROPLONG, n. 496 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 402, n. 8; MARCADÉ, VI, bl. 275 en v., op art. 1630 en v., n. III; LAURENT, XXIV, n. 237.

(3) Zie ook POTHIER, n. 97.

zijn bepaald; zie art. 1318. En met de erfgenamen van eenen verkooper is het eveneens gesteld. Het komt mij daarbij voor, dat men het regt om een hunner alleen voor het geheel aan te spreken ook niet kan verdedigen met de ondeelbaarheid der verbindtenis tot vrijwaring. Wat deze volgens art. 1532 medebrengt, teruggave van den koopprijs, van vruchten en van kosten, is zeer wel vatbaar voor verdeeling. En al kon men met grond zeggen, dat daarin de verpligting tot vrijwaring zich slechts oplost, maar dat zij eigenlijk betreft de verdediging van den in regten geroepen kooper, de overneming der zaak voor hem enz., dan zou er nog niet veel gewigt te hechten zijn aan de opmerking, dat men zich kwalijk een derde of ander gedeelte van een proces, van het vereischte bewijs en van de noodige regtsmiddelen kan denken, omdat men zich zeer goed het voeren van een proces, het aanwenden van regtsmiddelen en het bijbrengen van bewijs ter zake van een derde of ander gedeelte der noodige schadeloosstelling denken kan. En inderdaad komt het bij de vrijwaring toch eigenlijk hierop aan. Dat de verkooper al aanstonds in het tegen den kooper aangevangen geding opgeroepen kan worden, en genoodzaakt om de zaak voor den gedaagde over te nemen, dient slechts tot vereenvoudiging, en is daarom aldus bepaald, dat hij, ligt beter dan de kooper met den waren staat der zaak bekend en tot het aanvoeren der verdedigingsmiddelen in staat, misschien in zijn eigen belang en in dat van den kooper een vonnis tot uitwinning kan afweren en daardoor eene werkelijke vrijwaring overbodig maken, maar verandert het wezen van deze en van de verpligting daartoe niet (1).

Voor het bestaan der verpligting tot vrijwaring is voorts in het algemeen noodig, dat de grond der uitwinning, waarvoor zij te pas zou komen, ouder zij dan de koop en verkoop op grond waarvan zij gevorderd wordt; hetzij toen reeds een derde

(1) Verg. Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, in *Themis*, XIV, bl. 345 en v. Zie voorts hierbij TROPLONG, n. 434, 438 en v.; DURANTON, XVI, n. 277 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 401, n. 3; MARCADÉ, VI, bl. 267 en v., op art. 1626 en v., n. VIII; LAURENT, XXIV, n. 213 en v.

een regt had uit kracht waarvan hij het goed kon uitwinnen, hetzij er toen nog slechts een kiem van zoodanig regt aanwezig was, maar die zich later door den tijd of door de omstandigheden tot zulk een regt ontwikkeld heeft. Het is geen vereischte, dat de verkooper heeft medegewerkt tot het ontstaan van dat regt, maar hij werd verpligt den kooper het rustig genot der verkochte zaak te verschaffen, en was er iets, dat dit verhinderde of kon verhinderen, dan is hij deswege tot vrijwaring verpligt (1).

Het is intusschen niet onmogelijk, dat de verkooper tot vrijwaring verpligt is wegens eene uitwinning, waarvan de oorzaak jonger is dan de koop en verkoop, maar die het gevolg is eener daad van hem of van een door hem toegekend regt. Dit kan b.v. het geval zijn, wanneer hij, nadat de koop gesloten, maar voor dat nog de akte overgeschreven is, op het verkochte maar nog niet overgedragen goed hypotheek heeft verleend, en de kooper later ter zake hiervan wordt uitgewonnen; de verkooper kan zich dan niet aan de vrijwaring onttrekken op grond dat de hypotheek, die tot de uitwinning leidde, eerst na den verkoop is ontstaan (2).

Wanneer het goed ten tijde van den verkoop in het bezit van een derde was, die, in het rustig bezit daarvan gebleven, vervolgens door verjaring eigenaar is geworden, kan de vraag opkomen, of wij te doen hebben met eene oorzaak, die ouder of die jonger is dan de verkoop. Niet zonder grond kan men opmerken, dat een bezit, 'twelk tot verjaring leiden kan, voor dat het zoo ver is nog geen regten oplevert, en ze nooit opleveren zal, zoo maar die verjaring in tijds afgewend wordt, wat ieder oogenblik geschieden kan (3). Men kan ook genegen zijn

---

(1) Verg. POTHIER, n. 86; DURANTON, XVI, n. 253; TROPLONG, n. 416, 427; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 401. Zie ook LAURENT, XXIV, n. 220 en v.

(2) Verg. POTHIER, n. 91; TROPLONG, n. 422; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 401 en n. 8; MARCADÉ, VI, bl. 252, op art. 1626 en v., n. II; LAURENT, XXIV, n. 220.

(3) Verg. TROPLONG, n. 425; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 401, n. 7. Zie ook LAURENT, XXIV, n. 222.

om naar aanleiding der omstandigheden in het voordeel van den kooper toch eene uitzondering te maken voor het geval, dat de verjaring op het tijdstip van den koop reeds bijna voltooid, hij met het bezit van een derde onbekend, en hem dus wegens het verzuim eener stuiting niets te verwijten was (1). Maar kan hier wel vrijwaring, en kan met het oog daarop de vraag wel te pas komen? In het geval zoo als het is voorgesteld heeft de kooper de zaak niet in zijn bezit gekregen, is zij hem dus niet geleverd, wat naar ons regt ten aanzien van onroerend goed niet, gelijk volgens art. 1605, b.v. door het overgeven der eigendomsbewijzen geschieden kan. Maar dan behoeft de kooper ook geen vrijwaring te vragen, hij kan eenvoudig levering vorderen; en al mogt die intusschen onmogelijk geworden zijn voor den verkooper, doordien een ander door verjaring eigenaar van het goed is geworden, dan wordt hij hierom niet van zijne verpligting daartoe jegens den kooper ontheven, maar kan deze overeenkomstig art. 1302 en v. en art. 1516 ontbinding van den koop eischen met vergoeding van kosten, schaden en interessen.

Er kunnen zich gevallen voordoen, waarin ten gevolge van bijzondere omstandigheden geen vrijwaring gevorderd kan worden wegens eene uitwinning, waarvan de grond reeds vóór den verkoop bestond; van eene bespreking daarvan meen ik echter mij hier gevoegelijk te kunnen onthouden (2). Maar wij merkten reeds bij den aanvang der behandeling van de vrijwaring op, dat partijen kunnen overeenkomen dat de verkooper tot geen vrijwaring gehouden zijn zal, en dat de wet dit in art. 1529 bepaaldelijk ten aanzien van die wegens uitwinning uitdrukkelijk heeft gezegd. Met betrekking daartoe moet intusschen gelet worden op een paar bepalingen, die daarmede in verband staan en de werking dier vrijstelling eenigermate beperken.

---

(1) Verg. MARCADÉ, VI, bl. 253 en v., op art. 1626 en v., n. II. In dien geest dacht ik ook in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 234.

(2) In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 235 en v., besprak ik er een paar, naar aanleiding van POTHIER, n. 89 en v.; TROPLONG, n. 420 en v.

Vooreerst blijft volgens art. 1530 de verkooper, al is ook bedongen, dat hij tot geene vrijwaring gehouden zal zijn, evenwel aansprakelijk voor die welke voortspruit uit eene daad, door hem zelven verrigt. Men heeft niet willen toelaten dat iemand, die zijn goed verkoopt en daarvoor den prijs beurt, ook de gevolgen zijner eigene daden door den kooper zou kunnen laten dragen, zonder zelfs daarvoor tot schadeloosstelling aansprakelijk te zijn. Men achtte dit te zeer in strijd met de goode trouw, en heeft er daarom uitdrukkelijk bijgevoegd, dat alle met die bepaling strijdende overeenkomsten nietig zijn. De wet spreekt van vrijwaring, welke voortspruit uit eene daad door hem zelven verrigt. Wij hebben daarbij te denken aan vrijwaring wegens uitwinning, voortspruitende uit zoodanige daad (1); de uitwinning moet dus het gevolg zijn eener eigen daad van den verkooper, en het is niet voldoende dat deze een ten gevolge eener andere oorzaak bestaand gevaar daarvan verzwegen heeft. Men kan als zoodanige daad beschouwen een door hem ingestelden eisch tot vernietiging of ontbinding der overeenkomst, waarbij hij zelf het goed had aangekocht, maar ook den dwang, of het bedrog waardoor hij tot zoodanige vernietiging, de wanbetaling waardoor hij tot de ontbinding aanleiding heeft gegeven; zoo ook den verkoop later aan een ander gedaan, de hypotheekstelling later ten behoeve van een ander geschied, en waaraan misschien nog vóór de overschrijving der akte, waartoe hij als verkooper medewerkte, gevolg is gegeven (2). En de wet spreekt zoo algemeen van eene door hem verrigte daad, dat hare bepaling evenzeer toepasselijk geacht mag worden op daden, die hij vóór, en op die welke hij na den verkoop heeft verrigt (3). Maar er moet zijn eene door hem zelven verrigte daad, un fait qui lui est personnel. Terwijl hij zelf in weerwil van het gemaakte beding

---

(1) De Fransche tekst van art. 1549 Wetb. v. 1830 spreekt van un fait qui lui est personnel, even als art. 1628 C. N., waarvan de vertaling had: zijne eigene persoonlijke daad.

(2) Verg. TROPLONG, n. 474; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 404, n. 6; LAURENT, XXIV, n. 254.

(3) Verg. TROPLONG, n. 474.

voor de gevolgen daarvan aansprakelijk blijft, is na hem zijn erfgenaam dat evenzeer. Maar als de verkooper een erfgenaam is van iemand, wiens daad tot de uitwinning aanleiding heeft gegeven, dan is die daad niet door hem zelven verrigt, geen fait lui personnel, en de bepaling daarom niet toepasselijk (1).

De wet zegt, dat alle met hare bepaling strijdende overeenkomsten nietig zijn, toute convention contraire est nulle. Men kan dat verschillend opvatten, zoo, dat dan het daarmede strijdig beding nietig is, en de koop en verkoop zelf in stand blijft alsof dat beding niet was gemaakt, maar ook zoo, dat de geheele overeenkomst nietig is, en er dus geen koop en verkoop bestaat. De laatste opvatting komt mij de ware voor, omdat ik, wanneer de wet niet bepaaldelijk daartoe leidt, eene leer onaannemelijk acht, naar welke eene overeenkomst in stand gehouden zou worden en hare natuurlijke gevolgen hebben zou, in weerwil eener bepaling, waardoor partijen een dier natuurlijke gevolgen in stellige bewoordingen uitdrukkelijk hebben uitgesloten.

Ook de slotwoorden van art. 1530 zijn geheel algemeen; maar, naar het mij voorkomt, meer algemeen dan de bedoeling. Zij maken geen uitzondering voor het geval, dat de verkooper den kooper met hetgeen geschied is volkomen bekend heeft gemaakt, en deze hem evenwel van alle vrijwaring heeft vrijgesteld. Desniettemin maak ik zwarigheid het slot onzer bepaling ook dan toe te passen. Zeker is er in zoodanig geval aan geene handeling in strijd met de goede trouw te denken, en was er daarom geene reden om aan zoodanige overeenkomst hare werking te ontzeggen. Volgens art. 1531 behoeft de verkooper, wanneer vrijstelling van vrijwaring bedongen is, zelfs den koopprijs niet terug te geven, zoo de kooper ten tijde van den koop het gevaar van uitwinning gekend heeft, zonder dat daarbij eene uitzondering gemaakt is voor het geval, dat tot die uitwinning door eene eigene daad van den verkooper aanleiding was gegeven. Hierin zie ik, niet een bewijs, maar toch wel eene bevestiging voor mijne meening; ik grond deze daarop, dat hier aan geen inbreuk op de eischen der goede trouw te denken is, dat het

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 476; ZACHARIAE, t. a. p., n. 6.

doel der slotbepaling aan het hier bedoeld geval geheel vreemd is, en dat we hier ook eigenlijk niet te doen hebben met eene vrijstelling van vrijwaring wegens uitwinning ten gevolge eener daad door den verkooper zelven verrigt, maar met eene vrijstelling ter zake van een bepaald en aan beide partijen bekend feit, al was dit dan ook eene persoonlijke daad van den verkooper (1).

Dat art. 1531 behelst mede eene nadere bepaling, waardoor de werking van een beding tot vrijstelling van vrijwaring wordt beperkt. Volgens haar is de verkooper ook bij dat beding „gehouden den koopprijs terug te geven, ten ware de kooper, ten tijde van den koop, het gevaar van uitwinning (2) mogt gekend hebben, of de zaak op eigen bate en schade mogt hebben gekocht". In den regel zal dus het bedoeld beding alleen eene vrijstelling medebrengen van datgene, wat de kooper, in geval van uitwinning, van den verkooper vorderen kan volgens art. 1532 2°—4°, niet ook van de daar onder 1° genoemde teruggave van den koopprijs. Het is dan ook zeker volkomen redelijk, dat de verkooper niet evenwel dien prijs zal kunnen behouden, hem door den kooper betaald, wanneer deze niet ook het genot der zaak behouden kan, waarvoor hij dien betaalde; zoo redelijk, dat men kan twijfelen, of partijen bij haar beding wel eene zoo alomvattende vrijstelling bedoeld zullen hebben, en de wetgever daaraan, zonder dat er iets anders bijkomt, eene zoo algemeene strekking niet heeft toegekend. Maar hij heeft haar niet belet eene zoo algemeene vrijstelling te bedingen, en erkent in zijne bepaling tevens uitzonderingen op den door hem gestelden regel.

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 477; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 405, n. 1; LAURENT, XXIV, n. 256. Zie echter ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 114, n. 1.

(2) In de officiële en andere uitgaven staat: uitwinning*en*. Ten onregte. In art. 37 van het ontwerp (zie NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 228 en v.) staat het gevaar van uitwinning, le danger de l'éviction. Desgelijks in art. 37 der Wet van 1 Maart 1825, Sb. n. 19, art. 1550 Wetb. v. 1830. En bij de Wet van 15 Junij 1833, Sb. n. 36, is in art. 12 wel de aanhef, maar op dit punt niets veranderd.

De verkooper behoeft ook den koopprijs niet terug te geven, wanneer de kooper de zaak op eigen bate en schade heeft gekocht, art. 1531. Daaruit mag worden opgemaakt, dat door partijen niet met vertrouwen op een rustig en veilig genot is gerekend, maar tevens dat bij de bepaling van den koopprijs daarmede rekening is gehouden. Om het gevaar, dat hij kent, stelt de verkooper zich met een lageren prijs tevreden, en met de hoop dat de zaak ook goed kan afloopen, waagt de kooper er dien lageren prijs aan; maar nu is het dan ook zeer natuurlijk, dat hij bij een ongunstigen afloop niet ook nog dien prijs kan terugvorderen.

En hetzelfde geldt ook, wanneer de kooper ten tijde van den koop het gevaar van uitwinning heeft gekend, al is dan ook niet uitdrukkelijk van een koop op eigen bate en schade gesproken. Art. 1629 C. N. spreekt van bekendheid met le danger de l'éviction, en doet daardoor denken aan de uitwinning die plaats gehad heeft, en naar den regel tot vrijwaring aanleiding gegeven zou hebben. Onze wet spreekt niet van *de* uitwinning, maar eenvoudig van uitwinning — want dat er ten gevolge eener drukfout in onze wetboeken staat: uitwinning*en*, verpligt ons niet alleen niet, maar geeft ons zelfs geen vrijheid om dit als de uitdrukking van den wetgever te beschouwen; doch wanneer wij opmerken, dat de Fransche tekst van art. 1550 Wetb. van 1830 ook spreekt van *l'*éviction, dan laat zich daaruit gemakkelijk afleiden, dat men bij ons geene verandering of afwijking heeft bedoeld. En als wij dan tevens bedenken, dat onze wet toch ook niet van gevaar, maar van *het* gevaar van uitwinning spreekt, dan zien wij dat ook hare uitdrukking niet onbepaald is, maar wijst op een bepaald gevaar van uitwinning, op gevaar eener bepaalde uitwinning, van uitwinning wegens eene bepaalde oorzaak. Trouwens, kunnen wij ons redelijkerwijze ook wel een gevaar van eenige uitwinningen, of van eenige aanleidingen tot uitwinning, en dan nog wel daarbij bekendheid met al die aanleidingen voorstellen? Het komt mij daarom voor, dat op grond dier woorden van art. 1531 ook bij ons de verkooper alleen vrij is van de teruggave van den koopprijs, wanneer de kooper bekend was met het gevaar der uitwinning,

of met het bestaan eener aanleiding tot de uitwinning, die hij heeft ondergaan (1).

De wet spreekt niet van de wijze, waarop de kooper van het gevaar van uitwinning kennis gekregen zal hebben; dit mag dus als onverschillig beschouwd worden. Maar zijne bekendheid met dat gevaar moet, zoo noodig, bewezen worden door den verkooper, die er zich op beroepen moet om den eisch tot vrijwaring te doen afwijzen. Men dient voorts in het oog te houden, dat de verkooper noch elders noch in art. 1531 in het algemeen is vrijgesteld van de teruggave van den koopprijs ingeval de kooper het gevaar van uitwinning heeft gekend, maar dat dit art. het bestaan veronderstelt van een tusschen partijen gemaakt beding dat de verkooper niet gehouden zal zijn tot vrijwaring, en alleen voor dit geval eene bepaling behelst, die enkel toepassing zal vinden, waar de daar gestelde voorwaarden aanwezig zijn.

Voor het geval nu dat in het algemeen vrijwaring toegezegd of daarover niet gesproken is, bepaalt art. 1532, wat de kooper al zoo in geval van uitwinning regt heeft van den verkooper te vorderen, en waartoe deze dus jegens hem verpligt is. Men

---

(1) Verg. echter OPZOOMER, A, III, bl. 118 en v., 2e uitg., II, bl. 151 en v., B, VIII, bl. 114 en v. Deze veronderstelt dat de kooper „heeft geweten, dat de verkooper geen eigenaar was, maar een goed verkocht dat hem niet toekwam"; doch dan bestaat er, dunkt mij, iets anders dan *gevaar* van uitwinning. Hij spreekt ook van het geval, dat de kooper „in den waan verkeert van den eigenaar te koopen" en dat hij „juist omdat hij in dien waan verkeerde er in heeft toegestemd dat de verkooper tot geen vrijwaring zou gehouden zijn"; maar die waan moet dan toch wel vrij sterk geweest zijn, wanneer hij in stand bleef, waar de verkooper op vrijstelling van vrijwaring gesteld was, wat toch wel de aanleiding zal zijn tot het in art. 1530 en v. bedoeld beding, en dus zelf toonde daaromtrent volstrekt niet zeker te zijn. Er is, dunkt mij, meer grond om aan te nemen, dat partijen veronderstelden dat de verkooper eigenaar was, maar dat zij het niet als zeker beschouwden, en dat het beding wel voornamelijk in zoodanig geval gemaakt zal worden.

kan in het algemeen zeggen, dat dat is alles, waarop de koop en verkoop hem te staan is gekomen.

Daartoe behoort in de eerste plaats de teruggave van den koopprijs, art. 1532 1°, en wij zagen reeds dat, waar bedongen is dat de verkooper tot geen vrijwaring gehouden zijn zal, in geval van uitwinning, volgens art. 1531 de koopprijs toch teruggegeven moet worden, tenzij er eene bijzondere reden is voor het tegendeel. Die koopprijs moet worden teruggegeven, en of hij eigenlijk wat te hoog of wat te laag gesteld of juist in overeenstemming was met de waarde van het goed, doet niets ter zake. Intusschen zal men, ofschoon de wet daarvan niet uitdrukkelijk spreekt, wel moeten aannemen, dat de koopprijs niet nog eens ten volle teruggegeven moet worden, wanneer reeds uit anderen hoofde een deel daarvan teruggegeven was. Dit kan, behalve waar de prijs bij gedeelten betaald zou worden, het geval zijn, wanneer het goed later gebleken is minder groot te zijn dan het was opgegeven (art. 1520, 1522), wanneer het leed aan een verborgen gebrek (art. 1543) enz. Wat reeds teruggegeven is, behoeft niet nog eens teruggegeven te worden, en moet dus kunnen worden gekort waar sprake is van teruggave van het geheel. En wij kunnen dit eveneens aannemen van hetgeen de kooper ontvangen heeft van den uitwinner wegens verbeteringen, die reeds vóór den verkoop aan het goed waren aangebragt, en die geacht mogen worden tot de bepaling van den koopprijs op dat bedrag te hebben medegewerkt, zoodat het daarvoor ontvangene ook als een gedeelte van den koopprijs beschouwd kan worden (1).

Maar voor zoo ver de kooper den koopprijs nog niet teruggekregen heeft, moet de verkooper dien in geval van uitwinning in zijn geheel teruggeven. Volgens art. 1533*a* ook dan, wanneer ten tijde der uitwinning het verkochte goed in waarde verminderd of aanmerkelijk vervallen is. Wel heeft het dan meer of minder van zijne waarde verloren, en kan ten gevolge dier bepaling de uitwinning voor den kooper misschien niet weinig

---

(1) Verg. POTHIER, n. 119 en v.; TROPLONG, n. 492 en v.; LAURENT, XXIV, n. 240.

voordeelig zijn; maar het is hier ook niet om eene eenvoudige schadeloosstelling van den kooper te doen, wegens de vermindering der zaak, die volgens art. 1273 en 1496 van het oogenblik van den verkoop af voor zijne rekening was; het geldt hier een gevolg van den gesloten koop en verkoop, uit kracht waarvan de kooper regt had op het rustig en vreedzaam bezit der zaak en op de vrijwaring daarvan, terwijl hij nu van de zaak ontzet wordt ten gevolge van een regt van een ander, 'twelk den verkooper verhinderde te geven wat hij geven moest. Deze moest de zaak vrijwaren; wat er later met deze is geschied, en in welken toestand zij zich bevond toen zij werd uitgewonnen, gaat hem althans in zóó ver niet aan, dat hij in het algemeen daarom niet met eene teruggave van minder kan volstaan, en er was geene reden om het verlies, dat zonder uitwinning den kooper getroffen zou hebben, nu wegens die uitwinning tot een bron van voordeel voor den verkooper te maken.

De wet spreekt van het geval, dat het goed in waarde verminderd of aanmerkelijk vervallen is. Door het laatste beperkt zij hare bepaling niet tot een aanmerkelijk of aanzienlijk verval; trouwens, wanneer is een verval aanmerkelijk, wanneer niet, en hoe zou het te pas kunnen komen, daarbij een onderscheid te maken, dat niet evenzeer zou gelden ten aanzien der vermindering in waarde? Veeleer hebben wij het zoo op te vatten, dat zelfs bij een aanzienlijk verval het regt op teruggave van den geheelen koopprijs blijft bestaan. Wij behoeven ook niet zorgvuldig te onderscheiden tusschen zoodanig verval en eene vermindering in waarde; een bepaald verschil tusschen beide laat zich zeker kwalijk aanwijzen, en veelal zal dezelfde toestand door de eene zoowel als door de andere uitdrukking kunnen worden aangeduid. En het komt slechts op den toestand aan, en de zin onzer bepaling is eenvoudig deze, dat, ook wanneer de zaak minder is geworden, minder in omvang, in deugdelijkheid of in koopwaarde, toch evenwel de volle koopprijs teruggegeven moet worden. Dit zal dus gelden, wanneer de kracht van den stroom een stuk van het daaraan liggend land heeft afgescheurd zoo wel, als wanneer ten gevolge eener overstrooming de vruchtbaarheid van den bodem verminderd, of anders

de prijs der landerijen gedaald is enz. (1). En al kon in het eerste geval een derde den kooper alleen uitwinnen ten aanzien van het overgebleven land (2), dit belet niet, dat deze wegens die uitwinning regt op teruggave van den geheelen koopprijs hebben kan.

In art. 1533*a* is voorts nog uitdrukkelijk gezegd, dat het voor de toepasselijkheid daarvan onverschillig is, of het goed minder is geworden door de nalatigheid van den kooper of door overmagt. Waar het laatste het geval is, is de bepaling in overeenstemming met de zoo even besproken strekking der vrijwaring. En wat het eerste betreft, de kooper kon zich als eigenaar beschouwen, en als zoodanig met de zaak doen en laten wat hij goed vond, zonder dat de regtsbetrekking tusschen hem en zijnen verkooper daardoor veranderd werd. Men behoeft daarbij dan ook niet op het woord nalatigheid te drukken; wat geldt waar de vermindering een gevolg is van nalatigheid, achteloosheid of veronachtzaming van den kooper, geldt evenzeer waar zij door eene daad van hem veroorzaakt is. En bij de algemeenheid onzer bepaling moet tevens worden aangenomen, dat het onverschillig is, of de daad plaats had, of de nalatigheid zich vertoonde, vóór of nadat een derde reeds begonnen was zijn regt te doen gelden, althans wanneer er aan zijde van den kooper geen kwade trouw of opzet bestond (3).

De woorden: „hetzij door de nalatigheid — hetzij door overmagt" hebben zeker geene beperkende strekking, maar wijzen veelmeer op de algemeenheid der bepaling. En zoo kan men, dunkt mij, ook geen regt hebben om hare toepassing te weigeren, waar de verkochte zaak b.v. door ouderdom in waarde vermindert, zoo als een paard, dat op den duur minder geschikt en eindelijk geheel ongeschikt zal worden om werk te verrigten

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 489; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 402; MARCADÉ, VI, bl. 274, op art. 1630 en v., n. II; LAURENT, XXIV, n. 238 en v.

(2) Zie POTHIER, n. 155 en v.

(3) Verg. POTHIER, n. 127; TROPLONG, n. 488; MARCADÉ, VI, bl 273, op art. 1630 en v., n. II.

en voordeel aan te brengen. Ik zie niet, hoe zich met art. 1533*a* eene afwijking van die bepaling rijmen laat, al kan men deze anders ook redelijk achten; maar evenmin, wanneer men zal beginnen tot zoodanige afwijking aanleiding te vinden, naar welken maatstaf men deze regelen zal, en hoe men het zou moeten aanleggen om haar in elk geval redelijk te doen zijn (1).

Maar nu vind ik in de wet ook noch aanleiding noch vrijheid om onderscheid te maken tusschen ligchamelijke en onligchamelijke zaken, en onze bepaling niet te laten gelden voor regten als van vruchtgebruik of van lijfrente, waarvan de wezenlijke waarde ook in verband staat met den leeftijd van den regthebbende, en vermindert naarmate de levensjaren van dezen vermeerderen. Het komt mij daarom voor, dat ook waar zoodanig regt wordt uitgewonnen, de verkooper den geheelen koopprijs zal moeten teruggeven, al is de tijd gedurende welken de regthebbende nog van zijn regt genot zou kunnen hebben, ook reeds in mindere of meerdere mate ingekort (2). Wel is er opgemerkt, dat de uitwinning dan niet loopt over de geheele verkochte zaak, en de kooper slechts voor een deel daarvan beroofd wordt; maar hier heeft toch geene uitwinning van een gedeelte van het goed plaats, als waarvan in art. 1536 sprake is. De veronderstelling is toch dat het verkochte regt, zoo als het nu is, in zijn geheel wordt uitgewonnen. Zoo kan ook een stuk land, waarvan na den verkoop een gedeelte door de kracht van den stroom is afgescheurd, al ontbreekt daaraan nu dat stuk, evenwel gezegd worden in zijn geheel te worden uitgewonnen, en wordt immers door art. 1533*a* buiten twijfel gesteld, dat dan ook evenwel de geheele koopprijs teruggegeven moet worden. Al had nu ook de billijkheid, waarop men zich in het voordeel eener andere leer zou kunnen beroepen, tot eene andere bepaling der wet omtrent

---

(1) Verg. OPZOOMER, A, III, bl. 120, 2e uitg., II, bl. 152, B, VIII, bl. 120; TROPLONG, n. 494; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 402, n. 9. Anders POTHIER, n. 163 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 277 en v., op art. 1630 en v., n. IV.

(2) Anders echter OPZOOMER, A, III, bl. 120 en v., 2e uitg., II, bl. 152 en v., B, VIII, bl. 121 en v.; TROPLONG, n. 494; MARCADÉ, t. a. p.

die regten kunnen leiden, zij kan geen grond opleveren voor die andere leer, nu zulk een andere bepaling niet is gemaakt. De billijkheid en redelijkheid van zoodanige leer komen mij bovendien zeer bedenkelijk voor. De redenering, dat „de kopprijs die voor het vruchtgebruik in eens wordt betaald inderdaad een vereeniging is van zoo vele verschillende kopprijzen, als er verschillende termijnen van het vruchtgebruik zelf bestaan", komt mij voor, geheel willekeurig, onnatuurlijk en onwaar te zijn. En van de daaruit afgeleide stelling: „de uitwinning van het recht is dus de uitwinning van het genot gedurende de termijnen, die nog overig zijn, en de koopprijs, dien de verkooper terug moet betalen, moet juist zooveel bedragen, als met die overige termijnen in overeenstemming is", geldt hetzelfde. Ik zou anders ook, behalve dat het mij niet duidelijk is, wat ik bij een vruchtgebruik onder termijnen te verstaan heb, willen vragen, met hoe vele termijnen ik rekening moet houden, en hoe ik den terug te geven koopprijs bepalen moet, om dien met de nog overige termijnen in overeenstemming te doen zijn. Eenigermate zou ik daartoe kans zien, wanneer het vruchtgebruik voor een bepaalden tijd, een zeker aantal jaren, is toegekend; doch ook dan slechts eenigermate, omdat ook in dat geval het regt door eene andere oorzaak kan, en bepaaldelijk door den dood van den vruchtgebruiker zal eindigen. Maar wij weten, dat vruchtgebruik slechts betrekkelijk zelden voor een bepaalden tijd, dat het gewoonlijk voor het leven van den vruchtgebruiker gevestigd wordt; en waar is dan de maatstaf onzer berekening, ook wanneer wij de jaren als termijnen wilden beschouwen? Al laat zich in het algemeen de waarde van een vruchtgebruik wel bepalen, al kan men ook wel, met het oog op de noodige gegevens, den koopprijs vaststellen, die voor een vruchtgebruik ten behoeve van een bepaald persoon billijk en redelijk gevraagd en toegezegd kan worden, hoe zal men in geval van uitwinning van een bepaald vruchtgebruik, waarvan de regthebbende reeds gedurende eenigen tijd het genot heeft gehad, zoo niet de geheele koopprijs teruggegeven moet worden, het deel bepalen dat daarvan in overeenstemming zijn zou met den tijd, gedurende welken dat genot anders nog zou hebben voortgeduurd? En

laat ons niet uit het oog verliezen de mogelijkheid, dat er bij de toekenning van het regt wegens zijn gezondheidstoestand op een kort leven van den aanstaanden vruchtgebruiker gerekend, en daarom de koopprijs laag gesteld is, terwijl die gezondheidstoestand later zoodanig is verbeterd, dat men ten tijde der uitwinning hem nog een veel langer leven zal toeschrijven en de waarde van zijn vruchtgebruik veel hooger stellen. Eene leer nu, waaraan zoodanige bezwaren kleven, en die daarbij niet alleen geen steun vindt in de wet, maar van deze afwijkt, komt mij niet aannemelijk voor.

Maar hoe algemeen de wet ook in art. 1533*a* bepaald heeft, dat, zoo het goed minder is geworden, zij het ook door toedoen van den kooper, evenwel de geheele koopprijs teruggegeven moet worden, zij maakt daarop toch ook zelve eene uitzondering in het tweede lid, 'twelk zegt dat, ingeval die kooper voordeel heeft genoten van de door hem toegebragte schaden, de verkooper bevoegd is om eene met het bedrag van dat voordeel gelijkstaande som van den koopprijs af te trekken. Zoo iets kan het geval zijn, wanneer de kooper een gebouw afgebroken en de bouwstoffen verkocht heeft, wanneer hij klei uit het land heeft laten graven, opgaande boomen gekapt en te gelde gemaakt enz. Zonder nadere bepaling zou ook dan, ingeval van uitwinning, de verkooper den geheelen koopprijs moeten teruggeven. Maar dan zou de kooper buiten den koopprijs ook nog het bedoelde voordeel genieten; en zoo dit al niet ten nadeele van den verkooper zou geschieden, daarop had toch ook hij geen aanspraak, en de wetgever kon daarom billijkerwijze den verkooper te dien aanzien te gemoet komen, die dan toch ook den koopprijs gebeurd heeft voor het goed, met inbegrip van datgene wat de kooper er afgenomen heeft. Dit geldt intusschen ook alleen, wanneer het goed op zoodanige wijze door toedoen van den kooper in waarde verminderd is; waar deze anders voordeelen uit het goed genoten heeft, kan de verkooper daarom niets op den koopprijs korten.

Heeft nu vermindering van het goed in waarde in het algemeen geen invloed op des verkoopers verpligting tot teruggave van den koopprijs, anders is het wanneer het verkochte goed

ten tijde der uitwinning bevonden wordt in waarde te zijn vermeerderd; dan toch is volgens art. 1534 de verkooper verpligt aan den kooper boven den koopprijs te betalen, wat het goed boven dien koopprijs waardig is. Dit is nu het gevolg eener bijzondere wetsbepaling, en deze is volkomen redelijk; de kooper zou van die vermeerdering der waarde met volle regt genot hebben gehad, hij heeft dat reeds als een verkregen regt voor zich kunnen beschouwen, en het is billijk, dat, wanneer hij dat voordeel missen moet, doordien de verkooper hem een goed verkocht heeft dat ten gevolge van een regt van een ander aan uitwinning bloot stond, dat gemis hem ook door dien verkooper moet worden vergoed. Maar het moest dan ook uitdrukkelijk bepaald worden, omdat er anders alle reden zou zijn om te denken, en ook bij tegenstelling door art. 1533 bevestigd te achten, dat, gelijk eene vermindering, zoo ook eene vermeerdering in waarde op de verpligting van den verkooper geen invloed heeft.

Art. 1534 luidt weder algemeen, en geldt daarom zoowel als de verkooper het goed te goeder, als wanneer hij het te kwader trouw heeft verkocht, wetende of niet wetende, dat uitwinning verwacht kon worden. En blijkens de woorden „zelfs zonder toedoen van den kooper" is het onverschillig, waardoor de vermeerdering in waarde is veroorzaakt, of het aan de zorg van den kooper moet worden toegeschreven, die het goed in een beteren staat heeft gebragt, dan of de verbetering geheel buiten hem om tot stand is gekomen, door inrigtingen van algemeen belang, als het aanleggen van wegen, straten of vaarten, door aanspoeling enz., of ook enkel door de toeneming van den prijs van dergelijke goederen.

De bepaling is ook in dien zin algemeen, dat zij geen aanleiding geeft om eene onderscheiding te maken tusschen het geval eener aanzienlijke en dat eener geringe vermeerdering in waarde. En al is nu op zich zelve de stelling niet onredelijk, dat, wanneer de vermeerdering zoo groot is, dat daaraan ten tijde van den koop en verkoop door partijen niet gedacht kon worden, de verkooper niet verpligt moet worden meer te vergoeden dan men zich destijds zou hebben kunnen voorstel-

len (1), bij het bestaan der bepaling van art. 1534 is zij onaannemelijk (2). Voor zoo ver de vermeerdering in waarde in verband staat met kosten, door den kooper aan het goed besteed, doet het al weder niet af, of zij aan deze geëvenredigd is of niet. Maar wel mag worden aangenomen, dat de verkooper niet nog eens behoeft te vergoeden, wat reeds vergoed is door den derde, die het goed heeft uitgewonnen.

Met betrekking tot art. 1533 en 1534 mag nog worden opgemerkt, dat, wanneer het goed aan den eenen kant verminderd, maar aan een anderen kant ook vermeerderd is in waarde, de kooper geen regt heeft om voor het laatste vergoeding te vragen en het eerste ten laste van den verkooper te laten blijven, maar dat het een tegen het ander opgewogen zal moeten worden, en zoo beoordeeld, of en in hoe ver het goed in zijn geheel in waarde vermeerderd is. Alleen wanneer en voor zoo ver dit het geval is, heeft de kooper, die altijd regt heeft op teruggave van den koopprijs, tevens aanspraak op vergoeding voor de vermeerdering van het goed in waarde, die alleen dan en voor zoo ver bestaat (3).

Met de teruggave van den koopprijs, nader door art. 1533 en v. bepaald, is de verkooper intusschen nog niet van zijne verpligting tot vrijwaring ontheven. De kooper heeft volgens art. 1532 2° ook het regt om teruggave te vorderen van de vruchten, ingeval hij verpligt is die aan den uitwinnenden eigenaar uit te keeren. Wanneer en in hoe ver hij hiertoe verpligt is, is in art. 630 en v. bepaald. Voor zoo ver en zoo als hij dat heeft moeten doen, heeft hij nu regt op teruggave, of liever op vergoeding, tegen den verkooper, althans wanneer daaromtrent niet anders tusschen partijen is overeengekomen. Men zal intusschen daarbij

---

(1) Zie POTHIER, n. 132.

(2) Verg. TOULLIER, VI, n. 285; DURANTON, XVI, n. 295; TROPLONG, n. 507; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 403, n. 5; LAURENT, XXIV, n. 246. Zie echter ook MARCADÉ, VI, bl. 279, op art. 1630 en v., n. V.

(3) Verg. TROPLONG, n. 490; MARCADÉ, VI, bl. 274 en v., op art. 1630 en v., n. II.

wel mogen aannemen, dat de verkooper, indien hij geen kans ziet om den eisch tot afgifte van het goed te bestrijden, en om die reden daarin berust en daaraan hoe eer hoe liever voldaan wenscht te zien, niet tot vergoeding van nog meer vruchten verpligt kan worden, doordien de kooper, misschien wat gunstiger over de zaak oordeelende, of ook wat pleitlustiger van aard, het geding tegen den eischer blijft voortzetten, en dat de vraag, of hij bij het behoud der zaak meer of minder belang heeft, daarbij niet moet afdoen. Het komt mij voor, dat de verkooper dan den koopprijs, die de hoofdzaak is, kan doen aanbieden en zoo noodig consigneren, met protest tegen voorzetting der procedure en met bereidverklaring tot verdere vergoeding, en dat dan de gevolgen van een langer voortgezet proces niet door den kooper op den verkooper verhaald kunnen worden (1).

Verder is de verkooper verpligt de kosten te betalen, op des koopers eisch tot vrijwaring gevallen, alsmede die welke door den oorspronkelijken eischer zijn gemaakt, art. 1532 3°. De eersten zouden ook volgens de bepaling van art. 56 W. v. B. R. ten laste van den verkooper komen, wanneer deze op den eisch van den kooper in het ongelijk werd gesteld. Ten aanzien der andere is dat het geval niet, maar onze bepaling ook volkomen redelijk.

In den regel zal wel de kooper, tegen wien een eisch is ingesteld, den verkooper tot vrijwaring in het geding roepen. Hij is hiertoe echter niet verpligt; en de bewering, dat hij, zoo hij het niet doet, alleen de kosten der oorspronkelijke dagvaarding op den verkooper verhalen kan, omdat hij anders dezen tegen diens zin zou kunnen bezwaren met kosten van een geding, dat hij niet zou hebben willen voeren, maar nu niet beletten kon (2) — die bewering mist allen grond in de wet. Art. 1532

---

(1) Verg. POTHIER, n. 123 en v.; DURANTON, XVI, n. 287 en v., 290; TROPLONG, n. 499.

(2) Zie DE PINTO, II, § 877, 3, 5e uitg., bl. 594, 6e uitg., bl. 622 en v.; SCHÜLLER, op art. 1532 B. W.; POTHIER, n. 128; DURANTON, XVI, n. 292, 303; TROPLONG, n. 500; LAURENT, XXIV, n. 245. TEIXEIRA DE MATTOS, bij DE PINTO, t. a. p., n. *a*, stemt daarmede

geeft daartoe zeker geen aanleiding, veelmeer stuit zij op de algemeene bepaling onder 3° aldaar af. De verpligting van den kooper, om den verkooper met den oorspronkelijken eisch bekend te maken, is ook nergens in het algemeen voorgeschreven, veelmin op het nalaten daarvan zoodanige straf gesteld; en al zegt art. 1876*b*, dat de borg ten aanzien der kosten zijn verhaal slechts heeft, voor zoo ver hij tijdig aan den hoofdschuldenaar kennis heeft gegeven van de tegen hem gerigte vervolgingen, dit doet hier niet af, daar eene bepaling, geldende voor den borg voor wien zij is gemaakt, daarom niet ook geldt voor den kooper, voor wien zij niet gemaakt is. De vrees voor benadeeling van den verkooper kan geene stelling wettigen, die geen grond vindt in de wet. En gelijk art. 1539, 'twelk zegt, dat, indien de kooper zich heeft laten veroordeelen zonder den verkooper te roepen, en deze bewijst dat er genoegzame gronden aanwezig waren om den eisch te doen ontzeggen, de verpligting tot vrijwaring vervalt, daardoor voor zoo ver in dat geval heeft voorzien, zou er eene bepaling van dergelijken inhoud noodig geweest zijn om het beweerde gevolg ten aanzien der kosten teweeg te brengen. Maar indien de verkooper in den eisch tot vrijwaring en desgelijks in den oorspronkelijken eisch berust, en de kooper evenwel tegen zijnen zin zich tegen dezen blijft verweren, zal de verkooper zich van de aansprakelijkheid wegens verdere kosten kunnen ontslaan, gelijk wij zoo iets ten aanzien der vruchten opmerkten (1).

Daar worden eindelijk in art. 1532 nog een paar posten ten laste van den verkooper gebragt, en daaronder behooren „de geregtelijke kosten op den koop en de levering gevallen, voor zoo verre de kooper die mogt hebben betaald", art. 1532 4°. Wat dit laatste betreft, voor zoo ver de kooper die kosten niet betaald heeft, komt deswege ook geen vergoeding te pas; maar voor zoo ver ze door hem betaald zijn, geldt de bepaling ook gelijkelijk, hetzij dit volgens een voorschrift der wet of ten

---

niet in; ZACHARIAE (AUBRY ET RAU), I, § 355, bl. 403, laat aan den regter over naar de omstandigheden te beslissen.

(1) Verg. POTHIER, n. 129; TROPLONG, ZACHARIAE, SCHÜLLER, t. a. p.

gevolge van een bijzonder beding is geschied. Minder duidelijk is, wat verstaan moet worden onder de geregtelijke kosten. Hoe onze wetgever aan die uitdrukking gekomen is, is mij niet bekend. Art. 1630 C. N. spreekt van frais et loyaux coûts du contrat, en de vertaling van: de regtmatige kosten op den koop en verkoop gevallen. Onze uitdrukking vinden wij reeds in het ontwerp (1), zoowel als in art. 1551 Wetb. van 1830; maar dat men niet van de Fransche bepaling heeft willen afwijken, blijkt hieruit, dat wij daar in den Franschen tekst dezelfde woorden terugvinden. Wij zien nu dus, dat „geregtelijke kosten" naar de bedoeling des wetgevers hetzelfde is als: loyaux coûts, en zullen daarbij aan wettige, gewettigde, behoorlijke, niet willekeurige of overdreven kosten moeten denken, die de kooper heeft moeten uitgeven, maar waaraan hij niets heeft nu hij het goed heeft moeten afstaan. Voor het overige zij hier nog op art. 1502 en 1512 gewezen, die beide gelijkelijk een afwijkend beding toelaten.

De wet spreekt voorts in art. 1532 4° ook nog van vergoeding van kosten, schaden en interessen; en wij kunnen daartoe brengen het nadeel, 'twelk de kooper, ook na de teruggave van den koopprijs en van hetgeen verder bepaaldelijk is vermeld, nog zou lijden, en de winst die hij derft, doordien hij het gekochte goed heeft moeten afstaan. Art. 1639 C. N. verwijst naar de algemeene bepalingen, die bij ons in den eersten titel van het derde boek en wel in de vierde afdeeling voorkomen; de weglating dier verwijzing mag daaraan worden toegeschreven, dat men begreep, dat de zaak van zelf spreekt (2). Zoo zal men ook hier rekening kunnen houden met goede en kwade trouw, met wat te voorzien was en niet voorzien kon worden enz. (3).

---

(1) Zie NOORDZIEK, 1824–25, II, bl. 230 en v. Met het oog op de officiële vertaling kan ik niet met OPZOOMER, B, VIII, bl. 119, n. 1, aannemen, dat onze wetgever door het Fransche: loyaux coûts is verleid.

(2) Zie het gezegde door BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, V, bl. 184; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 49.

(3) Verg. POTHIER, n. 130 en v.; TROPLONG, n. 505, 536 en v.; DURANTON, XVI, n. 294.

De wet spreekt niet van interessen (1), met name van den koopprijs. Het komt mij daarom voor, dat zij den verkooper daarmede in het algemeen niet heeft willen belasten, althans niet heeft belast; en ik vind dit tevens alleszins redelijk, daar een kooper, die intusschen genot heeft gehad van de gekochte zaak en ook de genotene vruchten niet behoeft terug te geven, op zich zelf zeker weinig aanspraak heeft op interessen wegens het gemis van hetgeen hij heeft betaald. Aan den anderen kant kan echter ook het tegendeel niet minder redelijk zijn, wanneer de kooper geen genot heeft gehad waarvoor hij geen vergoeding schuldig was, de vruchten, die hij genoten heeft, weer afgeven moet. Maar dan spreekt ook art. 1532 onder 4^{0} algemeen genoeg van de vergoeding van kosten, schaden en interessen, dat wij onder dien gebruikelijken en veel omvattenden term gevoegelijk ook interessen van betaald geld kunnen begrijpen. Het komt mij daarom tevens voor, dat hier met de omstandigheden te rade gegaan, en waar het te pas komt door den regter met het oog daarop beslist moet worden, en dat de wetgever hem daarbij de noodige ruimte gelaten heeft, door zich van eene bepaalde regeling te onthouden.

In het bijzonder spreekt de wet nog over het regt van den kooper op teruggave van hetgeen door hem aan het goed te koste is gelegd. Volgens art. 1535*a* is de verkooper verpligt aan den kooper terug te geven, of door dengene die de uitwinning gedaan heeft te doen teruggeven, al hetgeen enz. Dat doen teruggeven slaat op het geval, dat ook de uitwinner verpligt is die uitgaven aan den bezitter te vergoeden. Nu kan de kooper die vergoeding niet èn van den een èn van den ander vorderen, en zoo hij haar van den uitwinner bekomt, is de verkooper daarvan vrij. Maar de kooper kan zich te dier zake ook aan den verkooper houden, die zijnerzijds, wanneer hij als waarborg opgeroepen, of anders bij vrijwillige optreding als gevoegde partij in het geding is, den uitwinner meteen daartoe kan laten veroordeelen, en anders, behoudens zijn regt van verhaal op dezen, den kooper zijne uitgaven moet teruggeven.

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 283; LAURENT, XXIV, n. 235.

Volgens art. 1535*a* is dan de verkooper verpligt aan den kooper terug te geven of te doen teruggeven al hetgeen hij wegens reparatiën en nuttige verbeteringen aan het goed heeft uitgeschoten. Dit heeft niet altijd eene in het oog vallende vermeerdering in waarde ten gevolge. Reparatiën strekken naar haren aard meer om de zaak in behoorlijken staat te houden; en ook waar door de verdere kosten eene vermeerdering in waarde teweeg is gebragt, is deze niet altoos aan het bedrag daarvan geëvenredigd, maar kan zij grooter of ook geringer zijn. Volgens art. 1634 C. N. moet de verkooper aan den kooper rembourser — toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds; en op grond daarvan werd aangenomen, dat de vergoeding geëvenredigd zijn moet aan de werkelijke verbetering (1). Onze bepaling luidt anders, en leidt, al is ook door den wetgever geene verandering bedoeld (2), daardoor tot een ander gevolg. Naar haar komt het aan op hetgeen uitgeschoten is (3), en niet op de meerdere of mindere verbetering; en daardoor verschilt zij ook zeer van de daaraan voorafgaande van art. 1634.

Art. 1535*a* spreekt bepaaldelijk van nuttige verbeteringen (4). Men zou hierin eene dubbele uitdrukking van hetzelfde begrip kunnen meenen te zien; die is er echter niet. Ook wat tot ver-

---

(1) Zie TROPLONG, n. 509 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), 1, § 355, bl. 403 en v.

(2) Onze bepaling stemt overeen met de vertaling van art. 1634 C. N., en de Fransche tekst van art. 1554 Wetb. v. 1830 met art. 1634 C. N. zelf.

(3) OPZOOMER, B, VIII, bl. 124, n. 1, heeft hiertegen bedenking. Is, zoo vraagt hij, „is hier dan aan een derde, aan den verkooper gedacht, voor wien het geld werd uitgeschoten?" Natuurlijk niet. Maar is dan, hetgeen de kooper voor die reparatiën betaald heeft, niet uitgeschoten?

(4) Het oorspronkelijk ontwerp sprak in art. 41*a* van *noodige* verbeteringen en van améliorations *utiles*. Dat noodige is vervolgens in nuttige veranderd; zie VOORDUIN, V, bl. 182; NOORDZIEK, 1824—25 II, bl. 230 en v., 552.

siering of veraangenaming is aangebragt, en waarop het tweede lid wijst, kan als eene verbetering beschouwd worden, maar eene nuttige verbetering, eene die werkelijk nut aanbrengt, is het daarom nog niet. Of aan eene verbetering dit karakter moet worden toegekend, hangt van de omstandigheden af. Maar waar dit geacht wordt het geval te zijn, is, gelijk in het algemeen ten aanzien der reparatiën, de verpligting des verkoopers ook algemeen; en het is daarbij onverschillig, of hij te goeder of te kwader trouw gehandeld heeft, zooals uit eene vergelijking met het tweede lid duidelijk volgt (1).

Maar de verkooper te goeder trouw is alleen verpligt terug te geven, wat uitgeschoten is voor reparatiën en nuttige verbeteringen. Alleen hij die te kwader trouw eens anders goed verkocht heeft, wetende dat het eens anders is, moet volgens art. 1535*b* alle gemaakte onkosten teruggeven, zelfs de zoodanige die tot sieraad of vermaak aan het goed besteed zijn. Men heeft de verpligting van hem, die te goeder trouw handelde, wat willen verzachten; ten aanzien van hem, die handelde te kwader trouw, was zulk eene verschoonende behandeling minder noodig, en kon men den kooper gevoegelijk geheele schadeloosstelling toekennen (2). In het tweede lid is niet gelijk in het eerste sprake ook van doen teruggeven. Men heeft dit niet aan achteloosheid toe te schrijven, of daaraan dat eene herhaling onnoodig geacht werd om hetzelfde ook hier te doen gelden; maar de kwade trouw van den verkooper heeft geen invloed op de regtsbetrekking tusschen den kooper en den derde die zijn goed uitwint.

Er is beweerd, dat een kooper, die ook zelf te kwader trouw is, wetende dat het goed aan een ander dan den verkooper toebehoort, op vergoeding geen aanspraak heeft (3). Bij de algemeenheid van de bepaling der wet komt mij die stelling niet aannemelijk voor, tenzij tusschen partijen in dien zin is overeengekomen. Een beroep op art. 1599 C. N., overeenstemmende met ons art. 1507, kan naar mijn oordeel die stelling niet wet-

(1) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 403, n. 5.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 297 en v.

(3) Zie DURANTON, XVI, n. 298; TROPLONG, n. 511.

tigen. De wet spreekt daar van vergoeding van kosten, schaden en interessen, die de verkooper van eens anders goed schuldig kan zijn aan den kooper, indien deze niet geweten heeft dat de zaak aan een ander toebehoorde. Men kan op grond daarvan aannemen, dat de kooper alleen in dit geval aanspraak heeft op vergoeding uit dien hoofde, dat hij het gekochte goed niet in eigendom en in bezit bekomen kan, en niet wanneer hij met den waren toestand bekend was. Maar dat hij dan in het algemeen op vergoeding geen regt heeft, sluit immers niet in, dat hij ook geen regt heeft op vergoeding van hetgeen hij, nadat het goed aan hem is afgeleverd, daarvoor heeft uitgeschoten; en op deze vergoeding is den kooper in eene afzonderlijke bepaling in het algemeen en zonder eenige uitzondering of onderscheiding aanspraak gegeven.

Er is ook beweerd, dat de kooper een regt van terughouding heeft, totdat hem de gedane uitgaven zijn teruggegeven (1). Zoodanig regt is in art. 630*b* werkelijk aan den bezitter toegekend, maar tegenover den eigenaar, die zijn goed van hem terugvordert. Hier beschouwen wij de regten van den kooper tegenover den verkooper, en tegenover dezen, die zelf geen regt op de zaak kan doen gelden, kon den kooper bezwaarlijk zoodanig regt toegekend worden. In allen gevalle is het hem niet toegekend; en daar nu het regt van terughouding, behalve volgens overeenkomst, alleen bestaat waar het uitdrukkelijk door de wet erkend is (2), mag het hier niet worden aangenomen.

De wet behelst voorts nog een paar bijzondere bepalingen voor het geval, dat het verkochte goed niet in zijn geheel, maar slechts een gedeelte daarvan is uitgewonnen. Vooreerst kan dan de kooper, wanneer het uitgewonnen gedeelte met betrekking tot het geheel zoo aanmerkelijk is, dat hij dit zonder dat gedeelte niet gekocht zou hebben, volgens art. 1536 den koop doen vernietigen. Geschiedt dit niet, zoo moet hij volgens art. 1537 voor het uitgewonnen gedeelte schadeloos worden gesteld.

(1) Zie MALEVILLE, op art. 1634, III, bl. 388.

(2) Verg. hierboven, VII, bl. 678 en v.

In het geval van art. 1536 toch is hij evencens geregtigd om in plaats van vernietiging die schadeloosstelling te vorderen, maar heeft men hem ook niet tegen zijnen zin willen noodzaken to behouden, wat hij op zich zelf niet zou hebben willen koopen. Art. 1537 is toepasselijk, niet alleen wanneer de kooper, ofschoon daartoe bevoegd, geen vernietiging vraagt, maar in het algemeen, zoo dikwijls de koop niet vernietigd wordt, ook wanneer het uitgewonnen gedeelte niet zoo aanmerkelijk, en zelfs wanneer het zeer gering is; de wet spreekt algemeen (1).

De wet veroorlooft den kooper niet onbepaald vernietiging te vragen als hij dat wil, maar alleen wanneer daartoe reden bestaat, doordien er een zoo belangrijk deel is uitgewonnen, dat hij het overblijvende alleen niet gekocht zou hebben. Of nu dit geval bestaat, is eene vraag, wier beantwoording niet aan den kooper is overgelaten, maar die in geval van geschil door den regter met het oog op de omstandigheden beslist zal moeten worden; en de wetgever, die geene hetzij volstrekt of betrekkelijk bepaalde hoegrootheid als maatstaf heeft aangegeven, heeft hem daarbij volle ruimte gelaten (2).

Niet alzoo den kooper. Terwijl deze slechts in het aangeduide geval vernietiging vragen kan, is hem daarvoor ook nog een termijn gesteld, en moet hij, zoo hij dat verkiest te doen, volgens art. 1536 de regtsvordering daartoe aanleggen binnen een jaar na den dag, waarop het vonnis van uitwinning in kracht van gewijsde is gegaan. Zoodanige bepaling vinden wij in art. 1636 C. N. niet; onze wetgever achtte haar billijk, nuttig en in het belang van beide partijen. Men begreep dat de verkooper aan deze actie niet blootgesteld behoorde te blijven tot een tijd, wanneer het hem niet meer mogelijk zijn zou van de middelen van verdediging, die hij daartegen hebben mogt, gebruik te maken, en dat de kooper, die met deze regtsvordering langer

---

(1) Verg. POTHIER, n. 139 en v.; TROPLONG, n. 512; DURANTON, XVI, n. 300; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 404 en n. 2; MARCADÉ, VI, bl. 279 en v., op art. 1636 en v.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 300; LAURENT, XXIV, n. 250.

draalt, wel geacht kan worden daarin geen groot belang te stellen (1). Wat hiervan zijn moge, de zekerheid der bezittingen wordt althans door die bepaling bevorderd, en de kooper heeft in zijn jaar overvloedig tijd om zijn belang te doen gelden.

Wanneer de kooper geen vernietiging verlangt, heeft hij regt op schadeloosstelling, en zijne hiertoe strekkende regtsvordering is niet, gelijk de andere aan een bepaalden termijn gebonden, zijn regt daarop is dus slechts aan de gewone verjaring onderworpen. Die schadeloosstelling moet volgens art. 1537 plaats hebben „volgens de geschatte waarde welke het goed ten tijde der uitwinning gehad heeft, doch niet naar evenredigheid van den geheelen koopprijs, hetzij het verkochte goed in waarde moge zijn vermeerderd of verminderd." Deze bepaling, eene navolging van art. 1637 C. N., stemt niet overeen met de bepalingen omtrent uitwinning van het goed in zijn geheel. Maar hierbij wordt ook de geheele koop als te niet gedaan, en de kooper in zijn geheel hersteld alsof hij het goed nooit bezeten had, behoudens de voordeelen hem in art. 1534 en v. verzekerd. In het geval van art. 1537 daarentegen blijft de koop zijne werking behouden, maar is den kooper slechts eene schadeloosstelling toegekend, die nu ook geëvenredigd kon zijn aan hetgeen hij door de uitwinning verliest. Nu kan de bepaling der wet misschien soms in het voordeel der eene of van de andere partij zijn, maar in het algemeen is zij voor geene van beide onbillijk; terwijl zij door de eenvoudige regeling, die zij voorschrijft, anders mogelijke vragen afwendt of de beslissing gemakkelijk maakt (2).

Bij de slotwoorden van art. 1537: hetzij het verkochte goed enz., hebben wij te denken aan dat goed in zijn geheel, en niet aan het uitgewonnen gedeelte (3). Men heeft daardoor willen verzekeren, dat de regeling der schadeloosstelling in het alge-

---

(1) Zie BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, V, bl. 182 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 48 en v.

(2) Verg. daarover SCHÜLLER, op art. 1537 B. W.; TROPLONG, n. 514 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 404, n. 3.

(3) Verg. MALEVILLE, III, bl. 389.

meen zal plaats hebben naar de geschatte waarde ten tijde der uitwinning, en niet naar den koopprijs, zonder dat daarbij uitzonderingen gemaakt of daarvan wegens de omstandigheden afwijkingen aangenomen moeten worden. Waar nu de wet spreekt van de geschatte waarde welke het goed — gehad heeft, hebben wij onder dat goed niet het geheel, maar het uitgewonnen gedeelte te verstaan (1). Zoo er om den zamenhang der woorden van het art. tot eene andere opvatting aanleiding gevonden zou kunnen worden, zij beletten toch ook de voorgestelde niet, die bevestigd wordt door den Franschen tekst van art. 1556 Wetb. van 1830, waar, even als in art. 1637 C. N., gezegd wordt, dat la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé, lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction. En het gezegde belet niet, dat ook gelet zal moeten worden op de waarde van het uitgewonnene, als deel van het geheel.

De schadeloosstelling, waarvan art. 1537 spreekt, komt in de plaats der teruggave van den koopprijs, waartoe art. 1532 1° den verkooper verpligt, en die ook in het geval van art. 1536 te pas komt. Maar in beide gevallen moet bovendien, ofschoon de wet daarvan hier geen melding maakt, eene verdere vergoeding plaats hebben, als waarvan in art. 1532 sprake is. De kosten door den oorspronkelijken eisch veroorzaakt komen ook hier, evenals die ter zake der vrijwaring, geheel ten laste van den verkooper; die ter zake van den koop en de levering door den kooper betaald, in het geval van art. 1536 geheel, in dat van art. 1537 voor een evenredig gedeelte; en in dit geval ook de vruchten die uitgekeerd moeten worden, in het algemeen de interessen van het betaalde (2).

Art. 1528 spreekt van vrijwaring wegens uitwinning, maar ook wegens lasten, welke men, d. i. een derde, beweert op het goed te hebben, en die bij het aangaan van den koop niet opgegeven zijn. Daarover nu wordt nader gehandeld in art.

---

(1) Verg. SCHÜLLER, op art. 1537 B. W.; OPZOOMER, B, VIII, bl. 128.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 300; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 404; LAURENT, XXIV, n. 251.

1538 (1). Hier wordt intusschen alleen gesproken van het geval, dat het verkochte goed bevonden wordt bezwaard te zijn met erfdienstbaarheden. Aan den eenen kant is het naauwelijks noodig hierbij op te merken, dat de wederzijdsche regten en verpligtingen tusschen eigenaren van naburige erven hier evenmin in aanmerking komen, als andere beperkingen der vrije uitoefening van het eigendomsregt door wettelijke verordeningen (2). Maar aan den anderen kant kan worden aangenomen, dat hetgeen hier van erfdienstbaarheden gezegd is, voor zoo ver eene toepassing te pas kan komen, ook toegepast mag en moet worden op lasten van anderen aard, waarmede het goed bezwaard kan zijn, als tiendpligtigheid, vruchtgebruik, hypotheek enz. De wetgever noemt hier slechts één zoodanigen last, ten aanzien waarvan de bepaling voornamelijk te pas kan komen, maar zoo zijne bedoeling niet meer algemeen was geweest, zou zeker het slot van art. 1528 minder algemeen gesteld zijn (3). Het is voorts duidelijk, dat, ofschoon de wet spreekt van erfdienstbaarheden, de bepaling ook geldt waar een enkele erfdienstbaarheid of andere last op het goed rust.

De wet vordert, dat de erfdienstbaarheid niet aan den kooper bekend is gemaakt, en deze daarvan geen kennis kon dragen. Onze wetgever is daarin afgeweken van den C. N., welks art. 1638 spreekt van servitudes non apparentes, en dus alleen op onzigtbare, en op deze zonder kennisgeving altoos van toepassing is. Op eene vraag naar de reden dier afwijking, gaf de Regering tot antwoord, dat zij had gemeend aan het art. eene meer uitgebreide strekking te moeten geven, en alzoo ook, b.v. daaronder te moeten begrijpen eene waterleiding, welke eene zigtbare erfdienstbaarheid is, wanneer deze mogt zijn bedekt of toegemetseld geworden (4). Op gelijke wijze werd ook door BEELAERTS VAN BLOKLAND opgemerkt, dat aan de bepaling eene

---

(1) Verg. *Regtskundig Tijdschrift voor het notarisambt*, IV, 1, bl. 113 en v.

(2) Verg. LAURENT, XXIV, n. 271.

(3) Verg. LAURENT, XXIV, n. 266.

(4) Zie VOORDUIN, V, bl. 183; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 553.

ruimere strekking is gegeven, „omdat men gevonden heeft, dat dezelfde regtsbepaling eene regtmatige toepassing moest hebben op zoodanige erfdienstbaarheden, welke uit haren aard wel niet tot de onzigtbare behooren, maar evenwel voor het oog van den kooper konden zijn bedekt geweest; daarover zou in voorkomende gevallen geschil kunnen ontstaan, hetgeen nu door eene duidelijke wetsbepaling vermeden is" (1). En al kan nu de waterleiding, waarvan de Regering sprak, als een minder gelukkig gekozen voorbeeld beschouwd worden, wij worden toch opmerkzaam gemaakt op de mogelijkheid, dat erfdienstbaarheden, die in het algemeen door de wet als zigtbare worden voorgesteld, wel eens ten gevolge van een bijzonderen toestand niet in het oog vallend kunnen zijn. Het gezegde kan ons den zin der gebezigde uitdrukking nader doen kennen. Wilde men deze zoo letterlijk opvatten, dat er geen vrijwaring te pas zou komen, wanneer de verkooper aanwees dat het voor den kooper niet onmogelijk geweest is van het bestaan der erfdienstbaarheid kennis te dragen, dan zou die vrijwaring van zeer beperkte toepassing zijn. Aan den anderen kant moet van den kooper niet worden gevergd, dat hij al het mogelijke aanwendt om gewaar te worden, of het goed ook met eenige erfdienstbaarheid bezwaard is. Ook komt het niet te pas dat eene erfdienstbaarheid, waarmede de kooper gemakkelijk bekend kan zijn, door den verkooper als onbekend verondersteld en daarom aan hem bekend gemaakt zou moeten worden, wil hij niet aansprakelijk zijn tot vrijwaring. Die bekendmaking moet gevorderd worden, waar zij noodig, maar ook niet gevorderd, waar zij overbodig is, en de verpligting tot vrijwaring moet dienovereenkomstig van haar afhankelijk zijn. Omtrent die behoefte aan bekendmaking nu zal het karakter der erfdienstbaarheid als eene zigtbare of eene onzigtbare niet beslissen, haar algemeen karakter is daarvoor geen genoegzaam vertrouwbaar rigtsnoer, omdat eene erfdienstbaarheid, die naar haren aard tot de zigtbare wordt gebragt, in een bijzonder geval wel eens niet zigtbaar zijn kan, terwijl ook het omgekeerde niet ondenkbaar is. Het zal hierop aankomen,

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 183 en v.; NOORDZIEK, t. a. p., I, bl. 49.

of de kooper door een onderzoek, dat hij gemakkelijk kan instellen en dat redelijkerwijze van hem verwacht mag worden, met het bestaan der erfdienstbaarheid bekend kon zijn. Twee middelen staan hem daartoe ten dienste. Alvorens het goed te koopen, dient hij het in oogenschouw te nemen, en daarbij zijne oogen open te hebben; vertoont zich dan aan hem het bestaan eener erfdienstbaarheid, dan kan hij daarvan kennis dragen, en later geene vrijwaring daarvoor vragen, op grond dat hij dat bestaan niet opgemerkt heeft, en dit hem niet bekend gemaakt is. Vóór den koop dient hij ook om te zien naar den regtstoestand van het goed; en wij hebben daarvoor bestemde registers, die, al zijn ze ook niet volmaakt, toch zeer degelijke gidsen zijn om ons dien regtstoestand te doen kennen, bepaaldelijk ook ten aanzien der erfdienstbaarheden, waarvan de titel van aankomst volgens art. 743 in die registers moet worden overgeschreven; terwijl volgens art. 744 alleen de voortdurende en tevens zigtbare erfdienstbaarheden zoowel door verjaring als door een titel, maar de voortdurende doch onzigtbare, gelijk ook de niet voortdurende al zijn ze ook zigtbaar, volgens art. 746 alleen bij een titel verkregen kunnen worden. Kon nu op de eene of andere wijze het bestaan der erfdienstbaarheid den kooper bekend zijn, dan heeft hij geen regt op vrijwaring. Kon dat uit zich zelf niet, maar was het hem toch bekend, dan ook niet, al is het hem niet nog eens bij den koop bekend gemaakt. Was noch het een noch het ander het geval — en dit is vooral wat de registers betreft met name ten aanzien van oude erfdienstbaarheden mogelijk, die reeds vóór de invoering van ons B. W. bestonden — dan heeft hij regt op vrijwaring, zoo de bestaande toestand hem niet bekend is gemaakt, en is dit noodig om den verkooper van de verpligting daartoe te ontheffen (1). En voor die bekendmaking is het niet voldoende, dat in algemeene termen gesproken is van lasten, servituten, zwarigheden enz., gelijk eene clausule deswege veelal in de akten wordt opgenomen, hetzij er zulke lasten enz.

---

(1) Verg. hierbij *Tijdschrift*, bl. 122 en v; OPZOOMER, B, VIII, bl. 181; maar ook Mr. G. BELINFANTE, in *Themis*, 3, VI, bl. 42—57, vooral bl. 51.

aan den verkooper bekend zijn, en hetzij ze bestaan, of niet, maar moet eene bepaalde aanwijzing van den bestaanden last enz. noodig geacht worden (1).

Wanneer de erfdienstbaarheid den kooper niet bekend is gemaakt, en het ook hem niet te wijten is dat hij haar bestaan niet kende, en dan de last van zoo groot belang is, dat men reden heeft om aan te nemen, dat hij het goed niet gekocht zou hebben zoo hij daarmede bekend was geweest, kan hij volgens art. 1538 vernietiging van den koop vorderen, ten ware hij liever verkoos zich met eene schadeloosstelling te vergenoegen. Het kan zijn, dat de daarop rustende last het goed, zoo niet ongeschikt, dan toch veel minder geschikt maakt voor het doel waartoe het gekocht werd, b.v. doordien er niet gebouwd mag worden op den grond, waarop de kooper eene fabriek wilde oprigten, of dat anders de last van dien aard is, dat de kooper een aldus bezwaard goed niet zou willen hebben. Het is billijk, dat men voor zoodanig geval hem het regt toekende den koop te doen vernietigen. In hoe ver zoodanig geval bestaat, moet natuurlijk naar de omstandigheden beoordeeld worden. Daarbij zal ook kunnen worden gelet op den stand van den kooper, en in het algemeen op alles waardoor de erfdienstbaarheid het goed, zoo al niet zijne werkelijke, dan toch zijne betrekkelijke waarde doet verliezen. De kooper heeft in dat geval de keus tusschen vernietiging van den koop en schadeloosstelling. Kiest hij nu het eerste, dan krijgt hij natuurlijk den koopprijs terug; maar terwijl art. 1538 zoo min van het een als van het ander spreekt, zal men mogen en moeten aannemen, dat hij, behalve op den koopprijs, tevens regt heeft op datgene, waarop art. 1532 hem in geval van uitwinning aanspraak geeft. Kiest hij het laatste, dan moet de mindere waarde aan hem vergoed worden, die het goed bezit ten gevolge van den daarop rustenden last.

De wet spreekt niet nader van het geval, dat de erfdienstbaarheid niet van zoo groot belang is dat de kooper daarom tenietdoening van den koop vragen kan. Het komt mij echter voor, dat hij dan evenwel regt heeft op schadeloosstelling.

---

(1) Verg. LAURENT, XXIV, n. 267.

Hierin moet dan de vrijwaring bestaan, die art. 1528 in het algemeen wegens op het goed rustende lasten voorschrijft; en de wijze waarop de wet zich daar aan het slot uitdrukt in de woorden: ten ware hij liever verkoos zich met eene schadeloosstelling te vergenoegen, duidt mede aan, dat de wetgever het regt hierop heeft beschouwd als iets, dat den kooper natuurlijk in alle gevallen toekomt, maar in plaats waarvan hij onder zekere omstandigheden ook vernietiging zal kunnen vragen. Handelde de verkooper te kwader trouw, zoo zal de kooper, buiten de mindere waarde van het goed, tevens regt hebben op vergoeding van kosten, schaden en interessen; terwijl men hem in geval van goede trouw daarmede niet zal kunnen belasten (1).

Ook ter zake van zoodanigen last kan door een derde eene regtsvordering worden ingesteld om zich te handhaven in de uitoefening van zijn beweerd regt; gelijk ook de kooper een proces zal kunnen aanvangen tegen een derde, die zich zoodanig regt aanmatigt. In beide gevallen kan de kooper den verkooper tot vrijwaring in het geding roepen. Doet hij dat niet, en wordt dan het geding in zijn nadeel beslist, dan zal ook hier art. 1539 gelden, en de verkooper tot geen vrijwaring verpligt zijn, wanneer hij bewijst dat er genoegzame gronden aanwezig waren om in het voordeel van den kooper te vonnissen. Dat art. volgt op art. 1538, en staat daardoor met deze bepaling even goed als met de daaraan voorafgaande in betrekking. En men kan geen grond voor het tegendeel daaraan ontleenen, dat art. 1539 spreekt van de vrijwaring ter zake van uitwinning. Art. 1528 brengt de bepaling van art. 1538 met die omtrent de vrijwaring wegens uitwinning in naauw verband, art. 1539 zelf sluit de reeks van artt. die door art. 1528 worden ingeleid, en art. 1640 C. N. komt met de daaraan voorafgaande voor in de § de la garantie en cas d'éviction, waarop dan volgt de § de la garantie des défauts de la chose vendue.

Ten slotte zij hier nog opgemerkt, dat zich ook het geval kan voordoen, dat eenig goed verkocht is als voorzien van een regt van erfdienstbaarheid ten laste van eens anders erf, maar

(1) Verg. *Tijdschrift*, bl. 127 en v.; TROPLONG, n. 533.

waarvan de uitoefening door dezen bestreden en verhinderd wordt. De wet laat zich daarover niet uit; maar het komt mij voor, dat men geen zwarigheid behoeft te maken om aan te nemen, dat de kooper te dier zake schadeloosstelling kan vorderen van den verkooper, die het rustig genot niet verschaft en verzekert van het goed, zooals hij het aan hem heeft verkocht.

Behalve ter zake van het rustig en vreedzaam bezit der verkochte zaak, is de verkooper volgens art. 1527 ook tot vrijwaring verpligt wegens verborgen gebreken, of de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van den koop (1). De wet stelt bij de behandeling van deze laatste vrijwaring op den voorgrond de bepaling van art. 1540: „De verkooper is gehouden tot vrijwaring wegens verborgen gebreken van het verkochte goed, die hetzelve ongeschikt maken tot het gebruik waartoe het bestemd is, of die dat gebruik in dier voege verminderen, dat, bijaldien de kooper de gebreken gekend had, hij het goed, of in het geheel niet, of niet dan voor eenen minderen prijs, zoude gekocht hebben." De kooper heeft de zaak gekocht om er genot van te hebben en omdat zij naar zijn zin was; maar nu is het dan ook niet genoeg, dat hij haar in zijn bezit gekregen heeft en haar ook niet behoeft af te staan; wanneer haar een gebrek aankleeft, dat haar belet volkomen aan hare bestemming te beantwoorden of hare waarde vermindert, dan kan het volkomen redelijk zijn, dat de verkooper den kooper deswege moet vrijwaren. Aan den anderen kant kon men hem daarmede niet belasten, zoo dikwijls er aan de zaak eenig gebrek wordt ontdekt, zelfs niet wanneer zij daarom den verkooper niet meer beviel, en dit de reden is geweest, waarom deze zich van haar ontdeed. De wetgever heeft de regten en verpligtingen der partijen in dezen door nadere bepalingen geregeld.

De vrijwaring, waarvan art. 1540 spreekt, komt te pas, hetzij de verkoop in het openbaar en aan den meestbiedende, of onder de hand tusschen partijen heeft plaats gehad. Maar volgens art.

---

(1) Verg. over deze aanduiding van den aard der gebreken hierboven, bl. 257 en v.

1548 heeft de regtsvordering te dier zake, heeft dus de vrijwaring wegens eenig gebrek, niet plaats bij verkoopingen die op regterlijk gezag geschieden. Wij hebben hierbij niet aan de zoodanige te denken, welke geschieden na bekomen magtiging van den regter, b.v. door een voogd ten aanzien van goed van den minderjarige, of op een bevel van den regter, als waarvan sprake is in art. 1122, maar aan die, welke bij wijze van geregtelijke uitwinning plaats hebben (1). En die uitzondering is volkomen redelijk (2). Het goed wordt uitgewonnen, zooals het is en daarvoor vatbaar is, met zijn lusten en lasten, zijne deugden en gebreken; dat kan niet anders. De verkoop heeft niet van wege den schuldenaar plaats, die, al is hij de eigenaar, daarom hier niet ook als de verkooper beschouwd kan worden. De verkoop gaat uit van den schuldeischer, en dit kan aanleiding geven om dezen als den verkooper te beschouwen, maar ook hij kan bezwaarlijk voor de gebreken, of voor de verzwijging daarvan, aansprakelijk zijn. En met den verkoop moet ook alles voor goed zijn afgedaan, zonder dat daarop teruggekomen kan worden. Zoodanige verkoopingen moeten voor den schuldeischer een zeker middel zijn, om op die wijze te verkrijgen wat hem toekomt, door hetgeen het goed van den schuldenaar opbrengt. Moest hij zich zelven voor de deugdelijkheid van dat goed aansprakelijk stellen, of althans bloot staan aan vorderingen tot teruggave van hetgeen het een of ander voorwerp heeft opgebragt, dan zouden die verkoopingen een bedenkelijk middel worden voor het doel dat men zich daarbij voorstelt; het is reeds hierom noodig dat hij daardoor niet verpligt wordt tot vrijwaring wegens verborgene gebreken, en dit verzekert art. 1548.

Men zou genegen kunnen zijn hetzelfde aan te nemen ten aanzien der vrijwaring wegens erfdienstbaarheden en andere lasten, die een derde beweert dat te zijnen behoeve op het goed rusten, overeenkomstig art. 1528 en 1538; en men kan zich

---

(1) Aan geheel andere dus, dan aan die qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice, waarvan art. 1684 C. N. spreekt met betrekking tot een geheel ander onderwerp.

(2) Verg. echter daarbij LAURENT, XXIV, n. 288.

daartoe te meer geregtigd achten door de gedachte, dat die erfdienstbaarheden en lasten toch ook zijn — althans veel gelijkheid hebben met — verborgene gebreken van het verkochte goed, en art. 1548 zich dus gereedelijk ook daarop laat toepassen. Dit laatste zal men echter bezwaarlijk kunnen volhouden, wanneer men bedenkt, dat deze bepaling de laatste is eener reeks, die over de vrijwaring wegens verborgen gebreken handelt, terwijl art. 1528 en 1538 juist de andere vrijwaring betreffen, die in art. 1527 van de genoemde zeer bepaaldelijk worden onderscheiden en afgescheiden. En dit feit meen ik voldoende te mogen achten, om eene toepassing van art. 1548 op eene geheel andere vrijwaring, een ander onderwerp dus, te beletten. — Intusschen komt het mij tevens voor, dat wij hierdoor niet verhinderd worden evenwel hetzelfde ten aanzien dier andere vrijwaring aan te nemen. Zeker gaat het niet aan, bij analogie uitzonderingen te erkennen op hetgeen de wet als algemeenen regel heeft voorgesteld, en ik acht dan ook art. 1548 evenmin bij analogie als regtstreeks op die andere vrijwaring toepasselijk; het komt mij enkel voor, dat, zonder dat hier van eenige toepassing sprake moet zijn, hetzelfde ook daarvoor moet worden aangenomen. De grond hiervoor is hetzelfde, als wat den wetgever tot de bepaling van art. 1548 heeft geleid. Dat zou hem evenzeer tot eene gelijke bepaling omtrent de andere vrijwaring hebben kunnen leiden. Dit heeft het niet gedaan, maar daarom bestaat het wel, en bestaat het in volle algemeenheid evenzeer als in volle kracht. En als die kracht eene zoodanige is, dat het zich aan ons opdringt, hetzij het door den wetgever in woorden is gebragt of niet, dan moeten wij het ook erkennen, niet alleen hetzij het in de wet al of niet is uitgesproken, maar ook, wanneer het ten aanzien van het een uitgesproken is en van het ander niet, voor het een zoowel als voor het ander.

De verpligting nu tot vrijwaring rust op den verkooper tegenover den kooper; hij heeft zich van eene zaak ontdaan en haar aan een ander overgedragen, en hij heeft daarvoor den prijs of althans regt op den prijs gekregen, en die verpligting is daarvan een niet onnatuurlijk gevolg. Nu is het niet twijfelachtig, wie de kooper is, maar waar zit de verkooper? Als zoodanig is aan-

geduid het geregt, la justice (1), een woord, dat sommigen misschien ontzag inboezemt, en daarom van nadere vragen terughoudt, maar voor anderen ook slechts een woord is zonder meer. Moet ik aan de regtbank denken, ten overstaan van welke de geregtelijke uitwinning van onroerend goed plaats heeft? Maar hoe dan bij roerend goed, waarvan de geregtelijke verkoop buiten de regtbank omgaat; is hier misschien de deurwaarder het geregt? Men mag geloof ik dit als verkooper afwijzen. Elders is als zoodanig voorgesteld degene tegen wien de geregtelijke verkoop plaats heeft, le saisi (2). Maar deze, die het goed niet overdraagt, noch zich er van ontdoet, maar wien het wordt ontnomen, die onteigend wordt, en die van den prijs niets genieten zal, moest zeker wel de laatste zijn om als verkooper in aanmerking te komen. De wet bespot hem ook niet door hem dien naam te geven, en hem als verkooper tot levering te verpligten, maar duidt hem in art. 529*b* W. v. B. R. aan als den geëxecuteerde, en zegt dat hij tot de ontruiming genoodzaakt kan worden op de wijze bij art. 124 van dat Wetb. bepaald. Als verkooper zullen wij veeleer hem kunnen aanmerken, die het goed in beslag heeft genomen om het te doen verkoopen; maar van dezen zal men ook met meer regt kunnen zeggen, dat hij het heeft doen verkoopen, dan dat hij het verkocht heeft. De wet noemt ook hem niet verkooper, maar beslaglegger, executant, en ook in het spraakgebruik pleegt men hem geen verkooper te noemen. Wanneer nu ook hij ons ontvalt, weet ik niet, wie verder als zoodanig in aanmerking kunnen komen. Maar als er niemand is aan te wijzen, die werkelijk als verkooper tegenover den kooper staat, en op wien dus de verpligtingen van een verkooper jegens dien kooper gezegd kunnen worden te rusten, dan is voor eene verpligting tot vrijwaring geen persoon aan te wijzen, tegen wien te dier zake eene vordering zou kunnen worden ingesteld; en dan is een natuurlijk gevolg daarvan dit, dat geene vrijwaring gevorderd kan worden, en dat dit ook geldt buiten den kring der bepaling van art. 1548, gelijk het

(1) Zie TROPLONG, n. 584.
(2) Zie LAURENT, XXIV, n. 288.

eveneens voor dien kring gegolden zou hebben, wanneer het ook daarvoor niet uitdrukkelijk was bepaald (1).

Het gezegde wettigt, dunkt mij, genoegzaam de stelling, dat in geval van geregtelijken verkoop ook wegens erfdienstbaarheden en andere lasten geen vrijwaring te pas komt. Maar dan leidt het er ook evenzeer toe, om bij zoodanigen verkoop alle vrijwaring uit te sluiten, ook die ter zake van uitwinning. Een verder betoog, bepaaldelijk de vrijwaring wegens uitwinning betreffende, komt na het aangevoerde niet meer te pas. — Het feit, dat art. 1548 de natuurlijke aanleiding was tot hetgeen hier over de uitsluiting der vrijwaring bij geregtelijken verkoop is besproken; is tevens de reden der behandeling daarvan te dezer plaatse, bij den overgang tot de vrijwaring wegens gebreken.

De wet spreekt in art. 1527 van gebreken dier, d. i. der verkochte zaak, en in art. 1540 van die van het verkochte goed, zonder daarbij onderscheid te maken tusschen roerende en onroerende zaken, of hare bepaling tot ééne dier soorten te beperken. En al zal de vrijwaring wegens gebreken de meeste toepassing vinden bij verkoop van roerende zaken, en vooral ten aanzien van dieren, er is in de wet geene reden om de verpligting daartoe niet ook bij verkoop van onroerende goederen te

(1) Men zou misschien tegen mijne redenering kunnen willen aanmerken, dat ik dus een koop en verkoop wil doen aannemen, met een kooper, doch zonder verkooper. Om haar verdacht te maken of belagchelijk te doen schijnen, zal zoodanige voorstelling misschien dienst kunnen doen, maar juist is zij niet. Wij spreken van een geregtelijken verkoop, en daar ook hier zaken worden overgedragen voor een bepaalden prijs, overgedragen aan iemand, die onder verpligting tot betaling van dien prijs eigenaar der zaken worden zal, ten gevolge eener handeling van iemand, die wel niet zelf die overdragt bewerkt, maar toch den stoot daartoe geeft, kunnen wij gevoegelijk en met gerustheid die uitdrukking blijven bezigen. Voor het overige kan men natuurlijk wel, als men iemand kan aanwijzen die als de verkooper beschouwd moet worden, diens verpligting tot vrijwaring aannemen; maar men kan niet eene verpligting tot vrijwaring op den voorgrond stellen, en dan iemand, die het niet is, als verkooper doen aannemen, alleen om maar iemand te hebben, te wiens laste die verpligting gebragt zou moeten worden.

erkennen. De aard der zaak levert evenmin gronden op om de bepalingen omtrent ons onderwerp niet mede voor onroerende goederen te laten gelden; ook hierbij kunnen verborgene gebreken voorkomen, b.v. aan balken, die uiterlijk gaaf schijnen maar inderdaad verrot zijn; en ook in het Romeinsche regt vinden wij toepassingen daarvan op onroerende goederen, met name op gronden, die schadelijke of vergiftige planten voortbrengen enz. (1). Maar tot welke klasse de zaken ook mogen behooren, voor de toepassing dier bepalingen is altijd noodig, dat er eenig gebrek bestaat, vallende in de termen van art. 1540.

Ten aanzien dier gebreken mag in de eerste plaats worden opgemerkt, dat ze, om aanleiding te geven tot vrijwaring, ten tijde van den verkoop aanwezig moeten zijn geweest. Al zegt de wet dit niet met zoo vele woorden, het ligt toch ook opgesloten in hare uitdrukkingen. Terwijl art. 1540 spreekt van gebreken van het verkochte goed, en art. 1546 van de verkochte zaak, die gebreken had, denken wij daarbij als van zelf aan gebreken, die het goed had toen het verkocht werd. En als wij op de bepaling van art. 1273 letten, volgens welke, bij eene verbindtenis om eene bepaalde zaak te leveren, deze van het oogenblik der verbindtenis voor rekening is van den schuldeischer, dan kunnen wij het ook niet anders dan natuurlijk vinden, dat de verkooper geen vrijwaring schuldig is wegens gebreken, die eerst later opkomen. Het gebrek behoeft ten tijde van den verkoop niet reeds volkomen ontwikkeld te zijn, het is trouwens ook noodig dat het een verborgen gebrek is; maar de kiem van het gebrek moet aanwezig zijn geweest, zoodat dit niet meer behoefde te ontstaan, maar zich slechts had te ontwikkelen, om te zijn een gebrek ter zake waarvan vrijwaring verschuldigd is (2).

---

(1) Zie l. 19, § 1, D. locat. conduct. (XIX, 2); l. 49 D. de aedil. edicto (XXI, 1); l. 4 C. de aedil. edicto (IV, 58). Verg. MALEVILLE, III, bl. 394; TROPLONG, n. 548, 556; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 406; MARCADÉ, VI, bl. 283, op art. 1641 en v., n. I; LAURENT, XXIV, n. 287. Anders echter DURANTON, XVI, n. 317.

(2) Verg. POTHIER, n. 211; DURANTON, XVI, n. 318; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 406.

Het komt mij voor, dat men, dit aannemende, tevens moet aannemen dat de bewijslast te dien aanzien op den kooper rust, die zich voor zijne regtsvordering op die omstandigheid moet beroepen, en zulks overeenkomstig den algemeenen regel daaromtrent van art. 1902 (1). Er is echter over dit punt verschillend gedacht, en bepaaldelijk uit den korten tijd, die tusschen den verkoop en de vordering verloopen mag zijn, een vermoeden afgeleid in het voordeel van den kooper, waardoor de last van het bewijs op den verkooper zou worden overgebragt, die nu het tegendeel zou moeten bewijzen (2). Ik acht dit niet aannemelijk, de wet geeft daartoe geen aanleiding (3). Men kan toch daaruit, dat de regtsvordering, voortspruitende uit gebreken enz., volgens art. 1547 binnen een korten tijd moet worden ingesteld, niet met grond afleiden, dat, wanneer de verkochte zaak in dien korten tijd een gebrek vertoont, dit daarom geacht moet worden reeds bij den verkoop bestaan te hebben. Tusschen het stellen van een fatalen termijn voor de actie en zoodanige gevolgtrekking bestaat niet alleen geen noodzakelijk, maar ook geen redelijk en natuurlijk verband, en nergens is zij dan ook als een wettelijk vermoeden uitgesproken. Al zal nu het bewijs dier noodzakelijke omstandigheid voor den kooper veelal moeijelijk, misschien wel onmogelijk zijn, dit kan al weder geen grond opleveren om hem daarom van het bewijs te ontslaan; wat dan natuurlijk en onvermijdelijk ten nadeele van den verkooper zou geschieden, voor wien het bewijs van het tegenovergestelde ligt niet minder moeijelijk of evenzeer onmogelijk zijn zal. Intusschen zal daarom het bewijs door vermoedens den kooper hier wel te stade kunnen komen, doch dan andere, geene wet-

---

(1) Verg OPZOOMER, B, VIII, bl. 136 en v., n. 3; LAURENT, XXIV, n. 286.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 314; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 406; TROPLONG, n. 569; MARCADÉ, VI, bl. 285, op art. 1641 en v., n. II.

(3) Het wenschelijke van zoodanige bepaling werd betoogd in een *Verslag* van Mrs. W. SASSEN JZ., N. NIJST, en C. POLIS, Maastricht, 1857, bl. 31 en v.

telijke, maar zoodanig vermoedens, welke, niet op de wet zelve gegrond, volgens art. 1959 overgelaten zijn aan het oordeel en de voorzigtigheid van den regter, die ze als bewijs kan aannemen, mits ze aan de daar gestelde eischen voldoen. Het komt er nu maar op aan, of de omstandigheden zoodanige vermoedens in het voordeel van den kooper opleveren; en hierbij zal ook de korte tijd die nog maar na den verkoop verloopen is, wel mede in aanmerking kunnen komen.

De gebreken nu, die hiér in aanmerking zullen komen, moeten van dien aard zijn, dat zij de zaak ongeschikt maken tot het gebruik waartoe zij bestemd is, of althans dat gebruik in dier voege verminderen, beperken of belemmeren, dat de kooper, zoo hij ze gekend had, haar òf in het geheel niet, óf althans niet dan voor een minderen prijs gekocht zou hebben, art. 1540. Het eerste is dus niet volstrekt noodzakelijk, het laatste ook voldoende voor de toepassing dezer bepalingen. En al kan nu dus op die wijze een koop en verkoop te niet gedaan worden, die daarvoor niet zou blootstaan volgens art. 1358, omdat er geen dwaling bestond omtrent de zelfstandigheid der zaak, men bedenke tevens, dat de wet hier van verborgen gebreken spreekt, en dat er dus een werkelijk gebrek moet zijn, en niet slechts een gemis eener hoedanigheid, die men in de zaak zou wenschen. Men merke voorts op dat, hetgeen het gebruik in zijn geheel laat, en enkel op andere wijze de waarde van het goed vermindert, hier niet in aanmerking komt.

Maar het gezegde is ook het eenige, wat de wet tot nadere bepaling der verborgen gebreken heeft vastgesteld. En al zou het zeer wel mogelijk, en misschien ook niet ondoelmatig geweest zijn, ook hier, gelijk op enkele andere plaatsen, b.v. art. 317, 682, 1953, bij wijze van voorbeelden enkele gebreken op te noemen, die onder anderen hierbij in aanmerking komen (1),

(1) In Frankrijk zijn bepaaldelijk omtrent dieren, nadere bepalingen gemaakt bij eene Wet van 20 Mei 1838. Zoo ook in België in eene Wet van 28 Januarij 1850, met een K. B. van 29 Januari 1850 (verg. *N. Bijdr. v. R. en W.*, I, bl. 338). Dat zoodanige bepalingen zeer wel bij eene wet gemaakt kunnen worden, wordt ook betoogd in het *Verslag* van Mrs. SASSEN o.s., bl. 12 en v.

noodig was dit toch ook niet, omdat men zich ligt zoodanige gebreken zal kunnen voorstellen, en eene volledige opgave was natuurlijk onmogelijk. Nu is natuurlijk in elk voorkomend geval aan het oordeel des regters overgelaten, of het gebrek, welks bestaan beweerd wordt, al of niet valt in de termen van art. 1540. Maar deze moeten nu ook zijn eenig rigtsnoer bij die beoordeeling zijn; en hij mag geen gebrek als voldoenden grond voor een eisch aanmerken, 't welk niet aan die bepaling beantwoordt, maar omgekeerd ook den eisch niet ontzeggen, wanneer het gebrek van zoodanigen aard is als art. 1540 vordert.

Door velen wordt hier ook aan het gebruik eene beslissende kracht toegekend (1). Daar intusschen gewoonte geen regt geeft tenzij de wet er op verwijst (art. 3 A. B.), en hier zoodanige verwijzing niet bestaat, komt mij dat naar ons regt niet aannemelijk voor (2). Uit art. 1547, 'twelk ten aanzien van den voor het instellen der vordering beschikbaren tijd naar plaatselijke gebruiken verwijst, kan zeker niet worden afgeleid, dat die gebruiken ook iets moeten of kunnen beslissen ten aanzien van den aard der gebreken, waarvan de wet zelve de vereischten heeft aangeduid. Een beroep op de bedoeling, die partijen bij het aangaan van den koop zullen gehad hebben, waarbij ze geacht moeten worden zich naar de gebruiken te hebben willen rigten, kan ook niet baten, waar het bepaaldelijk aankomt op den aard van een gebrek, 'twelk van dien aard moet zijn, dat het valt in de termen van art. 1540. Het geldt hier voorts verborgen gebreken, waaromtrent kwalijk van eene bedoeling der partijen sprake zijn kan, tenzij men als zoodanig mogt willen aannemen de bedoeling, dat de zaak voldoende geschikt moet zijn voor het gebruik waartoe zij bestemd is, waarop ook de wet ons wijst; en in allen gevalle moet, bij gemis van bepaalde bedingen, de bedoeling van partijen toch zeker veeleer in ver-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 205; DURANTON, XVI, n. 315; TROPLONG, n. 549; zie ook ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 406; LAURENT, XXIV, n. 280.

(2) Verg. Breda 20 Augustus 1844, *W*. 531; Maastricht 25 Maart 1852, *W*. 1345.

band gebragt worden met eene bestaande wetsbepaling, dan met een plaatselijk gebruik (1). Intusschen neemt het gezegde niet weg, dat plaatselijke gebruiken wel eens kunnen strekken tot voorlichting van den regter bij de beoordeeling der vraag, of het gebrek, waarop men zich beroept, de zaak, hetzij dan geheel of ten deele, ongeschikt maakt voor het gebruik dat er van gemaakt zou worden. Zoo hij anders behoefte zou kunnen gevoelen aan voorlichting van deskundigen, zal deze misschien in sommige gevallen door een plaatselijk gebruik overbodig kunnen worden. En zal dan in gelijke gevallen door verschillende regters wel eens verschillend worden beslist, hetzelfde is mogelijk waar zij, zonder op gebruiken te letten, met of zonder voorlichting van deskundigen vonnissen, en het is een natuurlijk gevolg, wanneer de wetgever zich bepaalt tot het stellen van algemeene regels, en de toepassing daarvan op bijzondere gevallen geheel aan den regter overlaat.

Het mag, geloof ik, onnoodig geacht worden, hier verschillende gebreken, in verband met de voorwerpen waaraan ze kleven, te vermelden en daarbij stil te staan. Alleen meen ik nog te moeten opmerken, dat bij de vraag, of eenig gebrek het gebruik der zaak in dier voege vermindert, dat de kooper, zoo hij het gekend had, het goed òf in het geheel niet, òf slechts voor minderen prijs gekocht zou hebben, niet alleen op den aard en het gewigt van het gebrek zelf, maar ook op den persoon van den kooper gelet moet worden. Van den een toch kan men aannemen, dat hij de zaak met dat gebrek niet zou hebben willen koopen, zelfs niet voor minder geld, terwijl een ander daarover gemakkelijker heen zou zien; en de wet zelve geeft aanleiding om te vragen, niet wat een goed huisvader, of een verstandig of fatsoenlijk man, maar wat de kooper gedaan zou hebben; de kooper, die als partij met den verkooper het koopcontract heeft gesloten (2).

Verder is noodig, dat de gebreken verborgene zijn; art. 1527 en 1540 stellen dit vereischte op den voorgrond. Als tot nadere

(1) Art. 1375 zal hier ook bezwaarlijk toepassing kunnen vinden.

(2) Anders echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 138.

verklaring is nog in art. 1541 uitdrukkelijk gezegd, dat de verkooper niet gehouden is „in te staan voor zigtbare gebreken, en (1) welke de kooper zelf had kunnen ontdekken." En daaruit mag men afleiden, dat er, om den verkooper aansprakelijk te doen zijn, een gebrek moet bestaan, 'twelk niet zigtbaar en van zelf in het oog vallend is, en dat de kooper ook niet door eene bezigtiging, gelijk van hem verwacht mag worden, ontdekken kon. Het zal daartoe niet voldoende zijn, zoo de ontdekking meer of minder moeijelijk was, b.v. doordien het goed zich ten tijde der overeenkomst op eene donkere plaats bevond of onder andere voorwerpen verscholen was, wanneer het aan den kooper stond om het voor het licht te halen en nader te bekijken; in zoodanig geval heeft hij zich zelven het gevolg te wijten van een onvoldoend onderzoek, en kan hij geen aanspraak maken op vrijwaring, die nu door art. 1541 wordt uitgesloten. Maar wanneer de koop goederen betrof, die de kooper eerst bij of na de ontvangst, of althans, omdat zij zich op eene andere plaats bevonden, niet vóór of bij den koop nazien kon, zal een op zich zelf zigtbaar gebrek als een verborgen aangemerkt kunnen worden, omdat de kooper het niet heeft kunnen ontdekken (2).

Het is voorts niet voldoende, dat het gebrek op zich zelf verborgen is, het moet ook aan den kooper onbekend zijn. Wanneer de verkooper hem er mede bekend heeft gemaakt, is

(1) Dit *en* vinden wij niet in onze uitgaven, ook niet in die van FRUIN. Maar in art. 1642 C. N. wordt gesproken van vices apparens et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même, en in de vertaling komt ook dat *en* voor. In art. 47 van het ontwerp van 1824, bij NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 232 en v., staat wel in den Franschen tekst het woordje *et*, maar geen *en* in den Nederlandschen; desniettemin staat in art. 47 der Wet van 1 Maart 1825, Sb. n. 19, zoowel in den eenen tekst *en*, als in den anderen *et;* en zoo ook in art. 1560 Wetb. v. 1830. En in dit art. is bij de latere herziening geene wijziging aangebragt.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 310; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 406, n. 4; MARCADÉ, VI, bl. 283, op art. 1641 en v., n. I; LAURENT, XXIV, n. 284.

het voor hem niet meer een verborgen gebrek, en kan hij deswege geene vrijwaring vorderen, zoo niet anders is bedongen. Dit is evenzeer het geval, wanneer de kooper, zonder dat de verkooper hem met het gebrek bekend heeft gemaakt, daarmede van elders bekend was; en ontveinzing hiervan zal hem natuurlijk, wanneer van die bekendheid evenwel blijkt, niet baten. Maar wanneer de kooper enkel twijfel voedde, of alleen vermoedde dat er wel eens een gebrek kon bestaan, neemt dit niet weg dat het een verborgen gebrek bleef, en behoudt hij regt op vrijwaring ook zonder beding deswege. Zoo men toch al mogt meenen uit zijn stilzwijgen een afstand hiervan te kunnen afleiden, kan, geloof ik, met meer regt worden aangenomen, dat hij gerekend heeft op de algemeene bepaling der wet, die ook voor hem zoodanig beding overbodig maakt (1).

Wegens het bestaan van een verborgen gebrek is geen vrijwaring verschuldigd, zoo het niet tevens het goed ongeschikt maakt voor het gebruik of dit althans vermindert; maar ook het laatste is daarvoor niet voldoende, zoo het gebrek niet tevens verborgen is. Eerst de vereeniging van dat een en ander maakt dat de verkooper tot vrijwaring verpligt is. Maar waar die beide vereischten bestaan, daar is de verkooper ook tot vrijwaring gehouden, zoo niet het tegendeel bedongen is. Daartoe behoeft van geen kwade trouw zijnerzijds te blijken. Het is zelfs niet noodig, dat hij zelf het gebrek gekend heeft; voor den kooper is het trouwens in de gevolgen ook onverschillig, of de verkooper te goeder of te kwader trouw handelde, zijne schade blijft er dezelfde om; en al was de verkooper onbekend met het gebrek, daarom bestond dit toch, had dus het door hem verkochte goed minder waarde, en zou het gebrek de waarde der zaak ook in zijne handen verminderd hebben. Intusschen zijn, volkomen billijk, in art. 1544 en 1545 de verpligtingen van den verkooper verschillend geregeld, naarmate hij het gebrek al of niet gekend heeft; maar als algemeenen regel stelt

(1) Verg. POTHIER, n. 209; DURANTON, XVI, n. 311 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 407 en n. 3; MARCADÉ, t. a. p.; LAURENT, XXIV, n. 285.

art. 1542: „hij moet voor de verborgene gebreken instaan, al ware hij daarvan ook zelf onkundig geweest."

Tenzij — zoo lezen wij in art. 1542 verder — „tenzij hij, in dat geval, bedongen had, dat hij tot geene vrijwaring hoegenaamd zal gehouden zijn." Of dat woord „hoegenaamd" er bij gebezigd is, zal wel onverschillig zijn; het komt er maar op aan, dat alle vrijwaring, althans vrijwaring wegens gebreken, uitgesloten is. Maar de woorden „in dat geval", d. i. wanneer de verkooper daarvan onkundig was, die niet als niet geschreven beschouwd mogen worden, hebben kennelijk eene beperkende strekking, en geven te kennen, dat een verkooper, die weet dat zijn goed lijdt aan eenig gebrek zooals hier wordt bedoeld, in het algemeen zich niet van de verpligting tot vrijwaring bevrijden kan door zoodanig beding, en dus in weerwil hiervan evenwel tot vrijwaring verpligt blijft (1). Doch ik zeg: in het algemeen. Wanneer toch de verkooper, het gebrek van zijn goed kennende, maar het tevens aan den kooper bekend makende, of wetende dat het aan dezen bekend is, vrijstelling van vrijwaring bedingt, kan de geldigheid en kracht van dit beding naar mijn oordeel niet twijfelachtig zijn. Hierbij kan ook aan geen bedrog gedacht worden, en de kooper gaf met volkomen kennis van zaken zijne toestemming tot eene bepaling in het koopcontract, zonder welke de verkooper de zaak misschien niet zou hebben willen verkoopen.

In alle gevallen nu, waarin deze vrijwaring te pas komt, heeft volgens art. 1543 de kooper de keus, om òf het goed terug te geven en den koopprijs terug te vorderen, òf het goed te behouden en zich zoodanig gedeelte van den koopprijs te doen teruggeven, als de regter, na deskundigen hierop te hebben gehoord, zal bepalen. Wel spreekt art. 1543 van „de gevallen bij art. 1540 en 1542 vermeld", maar terwijl in art. 1542 geen nieuw geval vermeld, en van geen ander geval dan 'twelk art. 1540 bedoelt sprake is, zijn daarin zeker alle gevallen begre-

(1) Verg. DE PINTO, II, § 882, 5e uitg., bl. 596, 6e uitg., bl. 625; OPZOOMER, B, VIII, bl. 136 en v. en n. 2; POTHIER, n. 210; TROPLONG, n. 560; DURANTON, XVI, n. 312; LAURENT, XXIV, n. 305.

pen; niet alleen wanneer het gebrek het goed ongeschikt maakt tot het gebruik, of dit zoodanig vermindert, dat de kooper, zoo hij het gekend had, het goed in het geheel niet zou gekocht hebben, maar ook wanneer hij het in weerwil daarvan wel, doch alleen voor een minderen prijs gekocht zou hebben. Ook in dit geval kan dan de kooper den koop te niet doen, al zou men op zich zelf kunnen meenen, dat het andere wat hij kiezen kan voldoende zijn zou, en al zou men hiervoor eene bevestiging kunnen vinden in de bepaling van art. 1538. Maar de wet heeft voor dat geval geene uitzondering gemaakt op des koopers bevoegdheid tot keuze; en zij kon dat ook bezwaarlijk doen, omdat het moeijelijk zou zijn, het eene geval van het andere te onderscheiden, en niet minder moeijelijk, te bepalen, tot welken prijs de kooper wèl gekocht zou hebben, wanneer hij zelf beweert, dat hij niet, of niet voor zóó veel zou hebben gekocht, zoo hij het gebrek gekend had.

De kooper heeft alzoo de keus tusschen twee middelen van herstel, den koop te niet te doen en alles in zijn geheel te herstellen, of den koop in stand te houden, maar met vermindering van den koopprijs (1). Onze wet geeft geen aanleiding om juist van twee regtsvorderingen te spreken (2). Wel kan ter zake van die middelen eene regtsvordering te pas komen, maar ook met het oog daarop onderscheidt zij geene twee vorderingen, en spreekt zij zelfs van geene vordering met tweeërlei strekking; zoowel in art. 1547 als in art. 1548 wordt gesproken van eene enkele, van *de* regtsvordering, die in verband met het een of met het ander middel kan worden ingesteld. Wij hebben dan ook in het algemeen geene behoefte om in navolging van de Romeinen, bij wie in alles meer bepaald de actie op den voorgrond gesteld plagt te worden, twee actiën tegenover elkander

---

(1) Men kan hem niet nog een derde toekennen, om het gebrek te herstellen of weg te nemen; verg. LAURENT, XXIV, n. 291.

(2) Toch pleegt men dat te doen, en deed ik dat ook mede in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 259. Zoo ook o. a. OPZOOMER, B, VIII, bl. 139.

te stellen (1), noch ook om te vragen, of de kooper, wanneer hij met de eene niet is geslaagd, nog geregtigd is tot de andere, en of hij hierin ook door de exceptie van gewijsde zaak verhinderd kan worden (2).

Wanneer de kooper het laatstgenoemde verlangt, en alzoo met behoud der zaak op teruggave van een gedeelte van den koopprijs aanspraak maakt, komt het er op aan, voor hoe veel minderen prijs hij gekocht zou hebben, wanneer hij het gebrek had gekend; met andere woorden, men moet, rekening houdende met den bepaalden koopprijs, beoordeelen, op hoe veel minder de zaak nu wegens dat gebrek gesteld, waarmede dus die koopprijs verminderd, en hoe veel daarvan teruggegeven, of, zoo er nog geene betaling plaats had, hoe veel minder dan nu betaald moet worden. Art. 1644 C. N. spreekt van une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts. Onze wet spreekt van bepaling door den regter, maar na deskundigen te hebben gehoord. Partijen zijn natuurlijk geregtigd onderling de zaak in der minne te schikken; maar gesteld dat dit niet gaat en de tusschenkomst van den regter noodig is, is nu ook de beslissing aan dezen gelaten, die, in het algemeen niet aan het advies van deskundigen gebonden (art. 236 W. v. B. R.), ook hier bepalen kan zoo als hij redelijk acht.

Wanneer de kooper het andere kiest, moet alles zooveel mogelijk en naar billijkheid in zijn geheel worden hersteld; hij moet het goed teruggeven en den koopprijs terug bekomen, of vrij zijn van de betaling, zoo die nog niet plaats had. Met de zaak moet hij alles teruggeven, wat door natrekking tot haar behoort of door hem verkregen is, zoo als de jongen die uit het verkochte dier, terwijl het in zijn bezit was, geboren werden. Met betrekking tot de verpligtingen van den verkooper

(1) De termen actio redhibitoria en actio quanti minoris kunnen de zaak ook al niet duidelijker voorstellen, dan wij dat met eigen woorden doen kunnen, en mogen dus bij ons eenvoudig als artikelen van weelde beschouwd worden.

(2) Verg. TOULLIER, X, n. 163; DURANTON, XVI, n. 328; TROPLONG, n. 581; LAURENT, XXIV, n. 290.

maakt de wet onderscheid, naarmate hij het gebrek der zaak gekend heeft of niet.

In het eerste geval, wanneer hij het goed verkocht heeft, bekend zijnde met het gebrek, maar zonder er van te spreken, is hij volgens art. 1544, behalve tot teruggave van den ontvangen koopprijs, jegens den kooper ook nog tot vergoeding van alle kosten, schaden en interessen gehouden. Hiertoe behooren natuurlijk ook de interessen van den koopprijs, en, gelijk ook uit eene vergelijking van art. 1545 blijkt, de kosten op den koop en de levering gevallen, voor zoo ver die door den kooper zijn betaald. In het algemeen behoort daartoe de vergoeding van het verlies dat de kooper ten gevolge van den koop en het gebrek der zaak geleden heeft, en van de winst die hij daarom heeft moeten derven (art. 1282). Intusschen zal men, ook naar aanleiding van art. 1284, moeten aannemen, dat de verkooper alleen die schade en winstderving vergoeden moet, die een onmiddellijk en dadelijk gevolg zijn van het gebrek, niet ook die welke een meer verwijderd gevolg daarvan zijn in verband met andere tusschenliggende of bijgekomen oorzaken; wel b.v. de huur, die de kooper moest betalen voor een paard, 'twelk hij huren moest omdat het gekochte niet bruikbaar was, niet ook het nadeel, geleden doordien de kooper, die geen ander paard in gebruik kon krijgen, zijn land onbebouwd heeft moeten laten (1). Maar ik zou zwarigheid maken om naar aanleiding van art. 1283 onderscheid te maken tusschen hetgeen men al of niet voorzien heeft of heeft kunnen voorzien; de algemeenheid der bepaling van art. 1544, en de vergelijking van art. 1284 met art. 1283 komen mij voor dat onaannemelijk te maken.

Wanneer de verkooper de gebreken van het goed niet gekend heeft, is hij volgens art. 1545 slechts gehouden den koopprijs terug te geven, en de op den koop en de levering gevallen kosten, voor zoo ver de kooper die betaald mogt hebben, aan dezen te vergoeden. In tegenstelling met het andere geval is

---

(1) Verg. POTHIER, n. 212; TROPLONG, n. 574; DURANTON, XVI, n. 321.

hier dus de vergoeding van alle kosten, schaden en interessen uitgesloten, en behoeft hier niet alleen geene winstderving, maar ook geene andere dan de in art. 1545 aangeduide schade vergoed te worden; daarvan verschoont den verkooper zijne goede trouw (1).

Intusschen pleegt te worden aangenomen, dat de interessen van den koopprijs wèl door den verkooper vergoed moeten worden (2). Maar die interessen zijn ook eene vergoeding van kosten, schaden en interessen, op geldsommen toegepast (art. 1286), en zoodanige vergoeding is hier uitgesloten. En het komt mij voor, dat art. 1545 zelf, 'twelk zegt dat de verkooper *slechts* gehouden is tot teruggave van den koopprijs en de daar genoemde kosten, eene verpligting ten aanzien van interessen uitsluit, behalve voor zoo ver art. 1286 daarop regt geeft. Wat toch de bewering betreft, dat die woorden, in verband beschouwd met het voorgaand art., enkel de vergoeding van alle kosten, schaden en interessen uitsluiten, — behalve dat niet blijkt, wat tot die beperkende opvatting van art. 1545 leiden zou, zouden toch, ook wanneer zij juist was, de interessen daardoor tevens uitgesloten zijn.

Zoo kan de kooper ook niet terugvorderen, wat hij aan voedingskosten voor een gekocht dier heeft uitgegeven, waartegen ook al ligt genot overstaat, dat hij van het dier heeft kunnen hebben (3). Maar anders is het met de kosten, veroorzaakt door de kwaal waaraan het dier leed, die geheel een gevolg zijn van het gebrek, en tegenover welke geen genot staat. Deze kan men beschouwen als aangewend tot behoud der zaak, en zal men, wel niet op grond van art. 1545, 'twelk ook daarvan niet spreekt, maar overeenkomstig algemeene regtsbeginselen omtrent zoodanige kosten kunnen terugvorderen (4).

---

(1) Verg. *Regtsgel. Adviezen*, VI, bl. 111 en v.; POTHIER, n. 212, 215; DURANTON, XVI, n. 322; TROPLONG, n. 573.

(2) Zie POTHIER, n. 217; TROPLONG, n. 573; DURANTON, XVI, n. 324; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 407; LAURENT, XXIV, n. 293.

(3) Verg. POTHIER, n. 217; TROPLONG, n. 573; DURANTON, XVI, n. 324; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 407.

(4) Verg. DURANTON, t. a. p.

Dat de verkooper het gebrek van het goed gekend heeft, zal de kooper, die zich daarop beroept, moeten bewijzen, en bij gebreke hiervan zal het niet mogen worden aangenomen. Natuurlijk is daarbij alles aan 's regters oordeel overgelaten. Maar dat een werkman of een koopman in het algemeen geacht moet worden de gebreken te kennen van de voorwerpen, die hij vervaardigd heeft of heeft doen vervaardigen, en van goederen die hij te koop heeft, is eene geheel willekeurige stelling, die volstrekt geen grond vindt in de werkelijkheid. En kan er al een vermoeden deswege aangenomen worden, dat in verband met andere vermoedens als bewijs voor zijne bekendheid gelden kan, een wettelijk vermoeden is het niet, en daarom op zich zelf ook onvoldoende om die bekendheid te bewijzen. En dat de zoodanigen gelijk gesteld zouden moeten worden met een verkooper die de gebreken kent, komt mij niet minder willekeurig en onaannemelijk voor; omdat, wat men ook mag zeggen van hunne verpligting om geene andere dan deugdelijke voorwerpen te vervaardigen of te verkoopen, dit vreemd is aan hunne bekendheid met het gebrek, en de wet voor eene gelijkstelling van hen met zoodanigen verkooper geen grond oplevert, en nu de uitlegger daartoe niet geregtigd is (1).

In art. 1543 en v. wordt ondersteld, dat de verkochte zaak nog bestaat, en door den kooper aan den verkooper teruggegeven kan worden. Zoo zij vergaan is, maakt het onderscheid, of dit al of niet een gevolg is van het gebrek. In het eerste geval geldt art. 1546*a*: „Indien de verkochte zaak, die verborgen gebreken had, ten gevolge van dezelve vergaan is, valt het verlies voor rekening van den verkooper, die jegens den kooper gehouden zal zijn tot teruggave van den koopprijs, en tot de overige schadevergoedingen, waarvan in de twee voorgaande artt. is melding gemaakt." De verkooper is dus, behalve tot teruggave van den koopprijs, ook tot verdere vergoeding verpligt, verschillend naarmate hij zelf het gebrek gekend heeft

---

(1) Verg. echter POTHIER, n. 212 en v.; TROPLONG, n. 574; DURANTON, XVI, n. 323; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 407. Zie ook LAURENT, XXIV, n. 295 en v.

of niet. Hij is daartoe gehouden, ofschoon de kooper niet in staat is om hem de zaak terug te geven. Maar deze is dan ook, zoo er nog iets van de zaak is overgebleven, zijnerzijds verpligt dit aan den verkooper af te staan.

In het andere geval is de verkooper vrij van alle vrijwaring, al had de zaak ook gebreken. Bij tegenstelling zegt art. 1546*b*: „Doch het verlies, door toeval veroorzaakt, is voor rekening van den kooper." Het Romeinsche regt had dit anders geregeld, en den kooper daarom even goed zijne regtsvorderingen gelaten ter zake van het gebrek (1). Onze wetgever heeft zich hier aan de bepaling van art. 1647 C. N. gehouden, die echter bij meer dan éénen afkeuring heeft gevonden (2). Zelfs was de meening uitgesproken, dat de bepaling misschien niet moet worden opgevat in den zin, dien men daaraan bij den eersten opslag zou toekennen, en dat, wanneer de zaak door toeval vergaat, het verlies wel den kooper treft, zoodat deze nu den werkelijken prijs niet kan terugvorderen, maar het hem niet moet beletten zoo veel van den verkooper terug te vragen, als de zaak om het gebrek minder waard was (3). Deze meening komt mij echter geheel onaannemelijk voor. Al kan het vergaan der zaak nu voordeelig zijn voor den verkooper, die anders wegens het gebrek tot vrijwaring verpligt zou zijn geweest, het is toch ook waar, dat, wanneer dat vergaan door toeval is veroorzaakt, en in het algemeen wanneer het gebrek daarvan de oorzaak niet is geweest, het voor den kooper onverschillig is, of de zaak al dan niet een verborgen gebrek had, omdat zij, zoo dit niet bestond, toch eveneens zou zijn vergaan (4). En hierin ligt, dunkt mij, eene voldoende reden om, nu eenmaal de zaak verkocht en op den kooper overgegaan is, onder zulke omstandigheden daarop niet terug te komen; terwijl dit ook zeker niet belet

(1) Zie l. 47, § 1, D., de aedil. edicto (XXI, 1).

(2) Zie DURANTON, XVI, n. 326; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 407, n. 4; LAURENT, XXVI, n. 306 en v.

(3) Zie MALEVILLE, III, bl. 397 en v.

(4) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 143 en v., n. 3; TROPLONG, n. 568.

wordt, doordien art. 1533 omtrent een geheel ander geval eene andere bepaling behelst.

Wat het bewijs betreft, terwijl de verkooper dit zal moeten leveren ten aanzien van het toeval waarop hij zich beroept (1), gaat het niet aan, in het algemeen den bewijslast in dezen op hem te leggen, die, zelf de zaak niet meer in zijn bezit hebbende, daardoor ook het minst in staat zou zijn steeds den waren oorzaak van het vergaan aan te wijzen. De strijd tusschen de partijen zal wel daarmede beginnen, dat de kooper teruggave van den koopprijs met vergoeding vraagt, op grond dat de verkochte zaak vergaan is ten gevolge van een gebrek dat haar aankleefde, en dan rust, overeenkomstig den algemeenen regel van art. 1902, op hem de last van bewijs van datgene, waarop hij zich beroept en voor zijnen eisch moet beroepen. Hij zal dus moeten bewijzen, zoo dit nog noodig is, het bestaan van het gebrek zelf, maar ook dat de zaak ten gevolge daarvan vergaan is. Doch hiervoor zal hij, naar mijn oordeel, kunnen volstaan met het bewijs van den aard van het gebrek, waarvan het vergaan der zaak een natuurlijk gevolg was. Bestaat het bewijs van een feit hierin, dat het voor den regter aannemelijk wordt gemaakt, zoodat het door hem als werkelijk bestaande kan en zal worden aangenomen (2), dan kan de kooper redelijkerwijze daarmede volstaan. Maar nu kan, bij het bestaan van een gebrek van zoodanigen aard, de zaak toch nog wel door eene andere oorzaak, in het algemeen ook door toeval vergaan; en is dit het geval geweest, dan moet de verkooper zich daarop kunnen beroepen voor zijne ontheffing van de vrijwaring, waartoe hij dan niet verpligt is. En dat staat hem ook volkomen vrij, maar dan rust ook op hem de last van het bewijs van datgene, waarop hij zich beroept en voor zijne verdediging beroepen moest.

Wanneer de zaak door toedoen of schuld van den kooper vergaan is, komt het mij voor, en ik acht het ook door art. 1546*b* bevestigd, dat het verlies geheel voor zijne rekening is, zonder dat de verkooper de mindere waarde behoeft te vergoe-

(1) Zie SCHÜLLER, op art. 1546 B. W.

(2) Verg. hierboven, II, bl. 289 en v.

den, die het goed had wegens het gebrek (1). Ook dan toch is art. 1546*a* niet toepasselijk; en de vraag, of de zaak ten gevolge van een gebrek minder waarde had, en hoe veel minder, komt inderdaad niet meer te pas, wanneer die zaak toch in het geheel geen waarde meer heeft, omdat zij heeft opgehouden te bestaan. De wet, die tegenover het geval van art. 1546*a* in het tweede lid alleen dat van toeval stelt, regelde het onderwerp niet volledig, en bevat geene zuivere tegenstelling. Deze zou beter, en de bepaling vollediger zijn, wanneer zij onderscheidde, of het vergaan der zaak al dan niet een gevolg was van het gebrek; en het komt mij voor, dat die onderscheiding op zich zelf volkomen redelijk, en ook in overeenstemming is met de bedoeling der wet.

Wanneer de zaak niet is vergaan, maar ten gevolge van het gebrek geleden heeft en minder geworden is, komt het verlies voor rekening van den verkooper, tegen wien de kooper daarom even goed overeenkomstig art. 1543—1545 zijne regten kan doen gelden. Maar voor zoo ver de zaak minder is geworden door toeval of door schuld van den kooper, zal men mogen aannemen, dat dit komt voor rekening van dezen. Zoo hij het goed wil teruggeven en den koopprijs terugvorderen enz., zal de verkooper zoo veel, als in evenredigheid is met de vermindering die het gevolg was van toeval of van die schuld, kunnen korten. Zoo de kooper wegens het gebrek een gedeelte van den koopprijs terugeischt, zal moeten worden onderzocht, hoe veel de zaak door het gebrek minder waard is geworden, zonder dat ook die andere oorzaken van vermindering daarbij in aanmerking moeten komen (2).

Tot dusver is gesproken in de veronderstelling, dat er eene enkele zaak verkocht is, en deze lijdt aan een verborgen gebrek. Maar het kan ook zijn, dat er meer voorwerpen zijn verkocht, terwijl aan één of meer daarvan zoodanig gebrek kleeft. Wanneer die voorwerpen op verschillende tijden zijn verkocht, staan ze ook te dezen aanzien alle op zich zelf. Zijn ze wel gelijktijdig

(1) Verg. MARCADÉ, VI, bl. 285, op art. 1641 en v., n. III. Anders POTHIER, n. 221 en v.; TROPLONG, n. 568.

(2) Verg. hierbij TROPLONG, n. 570, 572.

verkocht, maar voor een voor ieder voorwerp afzonderlijk bepaalden prijs, zoo zal in den regel de vrijwaring slechts te pas komen ten aanzien van dat voorwerp, 'twelk het gebrek heeft, maar zal dat geen gevolg hebben ten aanzien der andere. Doch het kan ook zijn dat de voorwerpen, ofschoon op die wijze verkocht, toch bij den koop zoodanig als bij elkander behoorende, en met elkaar als één geheel beschouwd zijn, dat het een zonder het ander noch verkocht noch gekocht is of zijn zou; en in zoodanig geval kan men aannemen, dat het gebrek, waaraan een daarvan lijdt, zijne gevolgen zal hebben ten aanzien van den verkoop van alle, die niet van elkander gescheiden behooren te worden (1). En dit zal ook gelden, wanneer onderscheidene voorwerpen in eens en voor éénen prijs zijn verkocht. En hierbij komt eene onderscheiding tusschen hoofdzaak en bijkomende zaken naar mijn oordeel niet te pas; noch ook de vraag, of al de voorwerpen wel zoodanig als één beschouwd zijn, dat het eene niet zonder de anderen zou zijn verkocht, terwijl in dat geval wegens een gebrek van een dier voorwerpen de andere in hetzelfde lot zullen deelen, maar anders de kooper dat kan teruggeven met terugvordering van den prijs waarop het zal worden geschat (2). Mij komt zoodanige onderscheiding willekeurig voor. Art. 1543 is ook hier het eenige wettelijke rigtsnoer, en bij de toepassing daarvan moet naar mijn oordeel al wat in eens en voor éénen prijs verkocht is, te zamen als het verkochte goed beschouwd worden, 'twelk, zoo een der voorwerpen lijdt aan een gebrek, ook als geheel daaraan lijdt, en 'twelk daarom, maar ook slechts als geheel, door den kooper kan worden teruggegeven met terugvordering van den geheelen koopprijs, tenzij hij mogt verkiezen een gedeelte van den koopprijs terug te vragen, in overeenstemming met de mindere waarde, die het geheel heeft ten gevolge van het gebrek. En dit komt mij voor in overeenstemming te zijn met de wet, en tevens in de toepassing tot het beste gevolg te leiden, terwijl eene andere behandeling ligt tot onbillijkheid voeren kan. Wanneer b.v. eenige koeijen te

(1) Verg. POTHIER, n. 228; TROPLONG, n. 578. Zie ook SASSEN c.s., *Verslag*, bl. 30 en v.

(2) Zie POTHIER, n. 226 en v.; TROPLONG, n. 577 en v.

zamen verkocht zijn, zonder bepaling van den prijs van elke koe in het bijzonder, zal men bezwaarlijk op eene billijke toepassing kunnen rekenen, als men bedenkt, dat de meerdere waarde van het eene beest tegen de mindere van een ander opweegt, en misschien juist een gebrek, waaraan wel eens een van allen zou kunnen lijden, er toe geleid heeft dat de verkooper ze alle met elkaar voor dien prijs heeft willen verkoopen. Het zou anders ook kunnen gebeuren, dat het dier op een hooger bedrag gewaardeerd werd, dan waarvoor het tot de bepaling van den geheelen koopprijs heeft medegewerkt; en de verkooper zou, zoo eens verscheidene beesten na elkander een gebrek vertoonden, ten gevolge eener afzonderlijke waardering, tot teruggave van een ander bedrag verpligt kunnen worden, dan hij als koopprijs ontvangen heeft.

De kooper heeft volgens art. 1543 twee middelen te zijner beschikking, en kan tusschen die beide kiezen; de verkooper staat bloot voor de aanwending van het een of van het ander, maar ook slechts voor een van beide, en hij behoeft den koopprijs niet terug te geven, dan tegen teruggave van het goed aan zijde van den kooper, wanneer of voor zoo ver die mogelijk is. En hieruit volgt, dat de regten en verpligtingen van partijen in dezen in zoo ver ondeelbaar zijn, dat, waneer er voor den kooper meer erfgenamen of regtverkrijgenden in de plaats komen, dezen niet ieder voor zijn aandeel, maar slechts allen te zamen een dier maatregelen kunnen aanwenden. Die gezamenlijke erfgenamen of regtverkrijgenden vertegenwoordigen hier slechts met elkander den kooper, en kunnen niet ieder voor zich van den verkooper vorderen, dat hij een gedeelte van den prijs zal teruggeven tegen ontvangst van een gedeelte van het verkochte. (1). Maar zoo komt het mij dan ook eveneens aannemelijk voor, dat ten aanzien der erfgenamen van den verkooper hetzelfde moet gelden (2).

De wet behelst nog eene bepaling omtrent den tijd, waarin ter zake van een verborgen gebrek eene regtsvordering kan

---

(1) Verg. POTHIER, n. 223; TROPLONG, n. 576.

(2) Anders echter POTHIER en TROPLONG, t. a. p.

worden ingesteld. Zij zegt in art. 1547: „De regtvordering, voortspruitende uit gebreken die de vernietiging van den koop ten gevolge hebben, moet door den kooper aangelegd worden binnen eenen korten tijd, overeenkomstig den aard dier gebreken, en met inachtneming der gebruiken van de plaats alwaar de koop gesloten is." De woorden geven eenige aanleiding om bepaaldelijk te denken aan het geval, dat de kooper gebruik wil maken van het eerste der twee middelen, tusschen welke art. 1543 hem de keus geeft, dat hij het goed wil teruggeven en den koopprijs terugvorderen; zoodanige beperking ligt echter geheel buiten de bedoeling der bepaling. De uitdrukking „gebreken die de vernietiging van den koop ten gevolge hebben" is eenvoudig eene vertaling van vices rédhibitoires, waarvan art. 1648 spreekt, en uit de officiële vertaling overgenomen, terwijl die Fransche woorden ook gevonden worden in den Franschen tekst van art. 1566 Wetb. van 1830. Die gebreken zijn dezelfde, die in art. 1527 worden aangeduid als de zoodanige die aanleiding geven tot vernietiging van den koop, en worden hier eenvoudig eenigzins anders genoemd in navolging van de officiële vertaling, welke behoudens geringe wijziging de laatstgemelde uitdrukking ook bezigde voor de vices rédhibitoires, waarvan art. 1625 C. N. spreekt. De bepaling geldt dus voor elke regtsvordering, die de kooper zou willen instellen ter zake van een gebrek van het gekochte goed.

Het is volkomen redelijk, dat de kooper, wanneer hij reden heeft om wegens zoodanig gebrek in regten op te treden, daarmede niet naar goedvinden wachten kan, en zoo de regtsbetrekking tusschen hem en den verkooper noodeloos lang onzeker kan laten blijven en dezen misschien beletten in — of terughouden van — maatregelen, die hij, in tijds geroepen, zou hebben kunnen aanwenden. En wij behoeven zeker geen zwarigheid te maken om, wat van den kooper gezegd is, ook te laten gelden voor zijne erfgenamen. Maar de bepaling der wet is weinig bepalend, en wat zij wil weinig bepaald (1). Zij zegt, dat de regtsvorde-

(1) Vandaar dan ook dat in Frankrijk en België in verband met de gelijke bepaling van art. 1648 C. N. bij latere wetten nadere bepalingen zijn vastgesteld; zie hierboven bl. 308, n. 1.

ring moet worden ingesteld binnen eenen korten tijd, maar drukt daardoor eigenlijk slechts een algemeen beginsel uit, waarvan de toepassing aan het oordeel van den regter is overgelaten. Wel worden er nog een paar zaken bij genoemd, die hem bij dat oordeel zullen leiden, maar de waarde daarvan is van zeer twijfelachtigen aard. Vooreerst is sprake van een korten tijd, overeenkomstig — liever misschien: naar, met het oog op (1) — den aard der gebreken; maar in hoe ver en in welken zin zal daardoor de tijd worden bepaald? en zal men daarbij enkel rekening hebben te houden met den verschillenden aard der verschillende gebreken, of bovendien ook nog met den bijzonderen aard van dit of dat gebrek, naar de wijze waarop en den graad waarin het zich vertoont? Wat zal de regter hier beoordeelen zonder voorlichting van deskundigen? en brengt deze voor de langdurigheid, de moeiten en de kosten der procedure niet zeer noodlottige gevolgen mede, vooral wanneer het slechts aankomt op de vraag, of de vordering wel tijdig genoeg is ingesteld? En verder wijst de wet nog op de plaatselijke gebruiken; maar laat het zich dan denken, dat er overal zoodanige gebruiken bestaan omtrent den tijd voor het instellen eener vordering ter zake van zoodanig gebrek, als 'twelk in een bijzonder geval daartoe aanleiding geeft? — Intusschen staat het beginsel vast: de vordering moet door den kooper binnen een korten tijd ingesteld worden. En misschien is het hoogst moeijelijk, zoo niet onmogelijk, bij de wet vaste en algemeene bepalingen te maken, die voor alle of voor de verschillende gebreken gelden zullen, zonder daardoor aan de billijkheid te kort te doen. De uitdrukking van het beginsel kan ook reeds op zich zelf eene goede uitwerking hebben, doordien de kooper daarin eene reden zal vinden om niet te lang te wachten, ten einde geen gevaar te loopen van, als te laat komende, niet-ontvankeijk te worden verklaard. Het is voor hem een bezwaar, dat hij niet weet, wat het lijden kan. Maar terwijl van een verstandigen regter niet te verwachten is, dat hij te ligt tot eene nietont-

(1) De Fransche tekst van het Wetb. v. 1830 zegt: selon —, art. 1648 C. N.: suivant — la nature des vices.

vankelijk-verklaring wegens vertraging besluiten, maar veelmeer dat hij met behoedzaamheid beslissen zal, heeft hij door de hem gelaten ruimte toch ook de magt om, waar het te pas komt, den kooper zijn verdiend loon te geven.

Wanneer men, met het oog op de bepaling der wet, aan het oordeel van den regter zoo groote ruimte toekent, is misschien de vraag, van welk tijdstip de korte tijd gerekend moet worden, van minder, maar zij is daarom toch niet zonder belang. Daarover nu wordt verschillend gedacht; sommigen nemen daarvoor dat van den koop aan (1), anderen dat der levering (2), en weder anderen dat waarop de kooper het gebrek heeft ontdekt (3). Ook daaromtrent behelst art. 1547 geene bepaalde aanwijzing, maar met het oog op die bepaling en in het algemeen komt mij het laatste gevoelen het meest aannemelijk voor, terwijl ook art. 1490 ten aanzien van bedrog en dwaling op hetzelfde wijst. Men kan, dunkt mij, eene opvatting moeijelijk als de ware aanmerken, volgens welke een kooper niet-ontvankelijk zou kunnen zijn in zijne vordering, voordat hij nog wist dat daartoe aanleiding bestond, of niet-ontvankelijk verklaard zou kunnen worden in eenen eisch, door hem ingesteld zoodra hij dat vernam. En als men in aanmerking neemt, dat hij toch altijd belast is met het bewijs dat het gebrek reeds ten tijde van den koop aanwezig was, dan kan tegen de aanneming van het laatste gevoelen bezwaarlijk een redelijke grond bestaan. De vraag blijft dan slechts, of de kooper al of niet is opgekomen binnen een genoegzaam korten tijd na zijne ontdekking van het gebrek.

Wij hebben hier te doen met een door de wet niet bepaalden, doch aan 's regters oordeel overgelaten tijd, maar in allen gevalle met een termijn, binnen welken het regt moet en alleen kan worden uitgeoefend, en na welks verloop het vervalt, en

(1) Zie H. J. L. VAN SASSE VAN YSSELT, *Over de verpligting des verkoopers tot vergoeding wegens verborgen gebreken*, Leiden 1864, bl. 59; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 407.

(2) Zie o. a. Amersfoort 12 Junij 1861, *W.* 2286, *N. R. B.*, XIII, bl. 182 en v.

(3) Zie OPZOOMER, B, VIII, bl. 145, n. 2; Zwolle 7 December 1881, *W.* 4823; TROPLONG, n. 587 en v.; LAURENT, XXIV, n. 302.

niet met verjaring. En daarom ook niet met schorsing, en evenmin met stuiting van verjaring. De wet schrijft dan ook te stellig voor, dat de regtsvordering binnen eenen korten tijd ingesteld moet worden, dan dat men zou kunnen aannemen, dat het ook voldoende is wanneer in dien tijd maar eene waarschuwing of aanmaning heeft plaats gehad, of dat men zou kunnen volstaan met in dien tijd verlof aan te vragen om kosteloos te procederen, en dan, na dit verkregen te hebben, zonder al te langen tusschentijd den eisch in te stellen. De bepaling laat zich voorts even goed toepassen op het geval dat het gebrek uit kracht eener overeenkomst, als dat het uit kracht der wet tot vrijwaring verpligt (1). En zij spreekt tevens algemeen genoeg, om mede toepasselijk te zijn op het instellen eener vordering bij wijze van reconventie, overeenkomstig art. 250 en v. W. v. B. R. (2). Intusschen is, ofschoon den regter niet is voorgeschreven ook dergelijke omstandigheden in aanmerking te nemen, aan zijn oordeel toch genoegzame ruimte gelaten, om ook daarmede eenige rekening te houden.

De afdeeling van den titel, die van de verpligtingen van den kooper handelt, vangt aan met de bepaling van art. 1549, dat de hoofdverpligting van de kooper bestaat in het betalen van

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 590; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 355, bl. 407, n. 6.

(2) In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 281, schreef ik: „Zij (de uitdrukking der wet) ziet voorts evenzeer op eene reconventionnele vordering; anders zou het echter kunnen zijn, waar de verweerder zich bij wijze van verdediging op het bestaan van een verborgen gebrek beriep." Wat GOUDSMIT kan bewogen hebben om met het oog daarop in zijn *Pand.*, I, bl. 259, n. 1, aan te teekenen, dat ik alleen zeg: *dat het wel anders zou kunnen zijn*, is mij niet bekend; hoe en dat hij kon meenen daarin den zin mijner woorden terug te geven, begrijp ik niet. Het kon toch, dunkt mij, ook hem moeijelijk ontgaan, dat ik wilde wijzen op het onderscheid tusschen eene reconventionele vordering en eene verdediging tegen een ingestelden eisch, en er opmerkzaam op maken, dat, wat van de eene gezegd is, daarom niet ook op de andere moet worden toegepast.

den koopprijs enz. Daarbij kan men al aanstonds eene andere noemen, die tot het aannemen der door hem gekochte zaak (1).

Wat dit laatste betreft, is, gelijk de verkooper tot levering, zoo ook de kooper tot aanneming der zaak verpligt. Wanneer de verkooper haar op zijn tijd wil leveren, moet de kooper haar in ontvangst nemen. En moet de aflevering geschieden ten huize van den verkooper, of op eene andere plaats, waar zij zich bevindt, of waarheen zij zoo noodig daartoe door den verkooper gebragt moet worden, dan moet de kooper haar daar ontvangen en van daar weghalen. Bij gebreke daarvan kan de verkooper niet alleen even goed den koopprijs vorderen, maar ook, om zich van zijne verpligting tot levering te kwijten, gebruik maken van het middel van aanbod en inbewaring-stelling overeenkomstig art. 1448. En als de kooper, op den daarvoor bij den koop en verkoop bepaalden of bij eene aanzegging van den verkooper genoemden tijd, niet voldoet aan die verpligting, welke de aard der overeenkomst medebrengt, al wordt daarvan in de wet ook niet opzettelijk gesproken, dan kan de verkooper ook volgens art. 1302 ontbinding vorderen van het koopcontract, op grond dat de kooper niet voldoet aan zijne verpligting. En dit vindt dan ook eene bevestiging in eene bijzondere bepaling, waardoor, met betrekking tot een verkoop van sommige zaken, den verkooper bevoegdheid is gegeven tot eene veel eenvoudiger en gemakkelijker ontbinding.

Volgens art. 1554 zal namelijk „in geval van verkoop van waren en meubelen, de vernietiging van den koop, ten behoeve van den verkooper, van regtswege en zonder aanmaning plaats hebben, na het verloopen van den tijd, tot afhaling van het verkochte bepaald."

De wet spreekt hier niet in het algemeen van een verkoop van goederen die afgehaald moeten worden, wat van zelf aan roerende zaken zou doen denken; zij spreekt bepaaldelijk van waren en meubelen. Maar wat hebben wij daaronder te verstaan? Art. 1657 C. N. spreekt van denrées et effets mobiliers. De uitdrukking effets mobiliers omvat volgens art. 535 C. N., even

(1) Verg. o. a. LAURENT, XXIV, n. 308 en v.

als volgens ons art. 569 die van roerende goederen, alles wat naar de daaraan voorafgaande bepalingen voor roerend wordt gehouden, dus ook de denrées; en dat deze ook afzonderlijk werden genoemd, ontnam niets aan de algemeenheid van het begrip van effets mobiliers. De officiële vertaling sprak van verkoop van koopmanschappen en van roerende goederen. In art. 60 van het ontwerp van 1824, art. 60 ook der Wet van 1 Maart 1825, Sb. n. 19, art. 1573 Wetb. van 1830, kwam nevens denrées et effets mobiliers de uitdrukking voor van: levensmiddelen en roerende goederen. Bij het ontwerp tot herziening werden de twee laatste woorden vervangen door: meubelen; en toen dit te beperkt geacht werd, meende de Regering, dat de bepaling eene te ruime strekking hebben zou, zoo men haar op alle roerende goederen wilde toepassen. Maar tevens werd door eene afdeeling der Tweede Kamer opgemerkt, dat „levensmiddelen", als vertaling van het Fransche denrées, niet juist was, en moest zijn: waren, of: koopwaren; en zoo is bij art. 19 der Wet van 15 Junij 1833, Sb. n. 36, bepaald, dat in de plaats van „levensmiddelen en roerende goederen" gelezen zou worden: waren en meubelen (1). Onder waren nu worden in het algemeen verstaan alle handelsartiken, alle zaken die een voorwerp van handel zijn, en wel bepaaldelijk roerende zaken, omdat in onroerende niet evenzeer handel gedreven plagt te worden, maar dan ook allerlei roerende zaken, die gekocht en verkocht en door overgave overgedragen worden (2). En zoo hebben we in dat woord weder eene algemeene uitdrukking teruggekregen, nevens welke eene andere voorkomt van meer beperkte strekking, die echter op hare algemeenheid geen inbreuk maakt; alleen gaat de algemeene bij ons voorop, terwijl zij in den C. N. de laatste

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 188.

(2) In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 288, heb ik het begrip van waren te beperkt voorgesteld. Verg. hierover mijn *Handboek v. h. Ned. handelsregt*, I, § 5, 2, bl. 23, 2e uitg., bl. 26 en v.; DE WAL, *Het Nederl. handelsregt*, I, bl. 53, n. 90; KIST, *Begins. van handelsr.*, I, bl. 29 en v., 32 en v.; OPZOOMER, B, VIII, bl. 154, n. 1; Dr. L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, I, bl. 298 en v., 526.

plaats inneemt. En wij behoeven te minder behoefte te gevoelen aan eene beperkende opvatting der woorden van art. 1554, omdat de toepasselijkheid dier bepaling volgens haren inhoud toch van zelf beperkt is tot voorwerpen, die door of voor den kooper afgehaald moeten worden. Dat die bepaling even goed in handelszaken als daarbuiten en tusschen particulieren geldt, kan met het oog op onze bepaling en in 't bijzonder op het woord waren, naauwelijks twijfelachtig zijn (1).

Art. 1554 veronderstelt, dat het verkochte niet is afgehaald, nadat de daarvoor bepaalde tijd verloopen is. Het veronderstelt dus tevens, dat daarvoor een tijd bepaald is, en verder, daar dit door de wet niet is geschied, dat het geschied is bij de overeenkomst, althans door de partijen; tenzij plaatselijke gebruiken overeenkomstig art. 1375 zulks overbodig mogten maken (2). De verkooper kan ook niet bij wijze van sommatie of aanmaning voor de afhaling een tijd bepalen met gelijk gevolg. Dat dit, van den gewonen gang van zaken geheel afwijkende, verbonden is aan eene bepaling door partijen gemaakt, en waarin dus ook door den kooper is toegestemd, is niet vreemd; maar het geeft geen regt om aan te nemen, dat nu ook de verkooper datzelfde voor den kooper bezwarend gevolg zou kunnen te weeg brengen door eene eenzijdige daad. De wet heeft het verbonden, niet aan het geval dat de kooper in gebreke is, maar aan het verloopen zijn van den voor de afhaling bepaalden tijd; en het geldt inderdaad eene afwijking van den regel, die geene uitbreidende toepassing toelaat (3). Dat voor de betaling een latere tijd bepaald is dan voor de afhaling, maakt in dezen geen onderscheid (4).

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 680; LAURENT, XXIV, n. 312 *bis*; Amsterdam 19 Februarij 1852, *W.* 1322, *N. R. B.*, II, bl. 202 en v. Anders echter VERNEDE, op art. 1554 B. W.; MALEVILLE, III, bl. 404 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 408, n. 5.

(2) Verg. LAURENT, XXIV, n. 315.

(3) Verg. DURANTON, XVI, n. 353; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 408 en n. 3; MARCADÉ, VI, bl. 296 en v., op art. 1657, n. II; LAURENT, n. 316. Anders echter TROPLONG, n. 679.

(4) Verg. DURANTON, XVI, n. 382.

In het bedoeld geval nu zal volgens art. 1554 de vernietiging, of liever de ontbinding van den koop, die anders in regten gevorderd zou moeten worden, althans niet dan door een vonnis tot stand zou kunnen komen, ten behoeve van den verkooper van regtswege plaats hebben, van zelf en zonder dat daartoe eene vordering en eene procedure noodig zijn. Van het verleenen van een uitstel aan den kooper, om dezen nog tot de afhaling van het verkochte gelegenheid te geven, zoo als dat volgens art. 1302*d* aan den verweerder op zijn verzoek gegund kan worden, tegen wien, omdat hij niet aan zijne verpligting voldaan heeft, ontbinding gevorderd werd, kan hier dus ook geen sprake zijn (1). En dat de kooper het goed niet in tijds heeft afgehaald, brengt op zich zelf dat gevolg te weeg, zonder aanmaning, dus zonder dat er nog eerst eene sommatie tot afhaling behoeft plaats te hebben.

Het brengt dat gevolg te weeg ten behoeve van den verkooper (2). En de bepaling is ook bepaaldelijk in zijn belang gemaakt, ten einde hem gelegenheid te geven om, met vermijding der moeiten en kosten eener ligt langdurige procedure, zich zelf gereedelijk te kunnen helpen tot afwering van nadeel, dat anders, ten gevolge eener mogelijke rijzing of daling der prijzen of anderszins, voor hem zou kunnen ontstaan. Maar die woorden hebben nog eene andere strekking. De koop wordt niet werkelijk vernietigd of ontbonden, zoodat, bij gebreke van tijdige afhaling, de overeenkomst voor den verkooper zoowel als voor den kooper hare kracht verloren heeft. De eerste kan zich daaraan houden; hij kan nog altijd betaling vorderen, de zaak aanbieden enz. Maar hij kan dat ook laten, en eenvoudig handelen alsof er geen koop en verkoop gesloten was; hij kan den verkoop als verbroken aanmerken, dien verbreken (3). Hij is daardoor, zonder dat er iets door hem gedaan behoeft te zijn, los van den kooper, maar deze is niet ook los van hem. Hij kan als verkooper optreden

(1) Verg. VERNEDE, op art. 1554 B. W.

(2) De Fransche tekst van art. 1573 Wetb. v. 1830 zegt, even als art. 1657 C. N.: au profit du vendeur.

(3) De officiële vertaling van den C. N. had voor la résolution de la vente: de *verbreking* van den koop.

tegen dezen als kooper, niet omgekeerd; en zoo de kooper nog opkomt tegen hem, kan hij elke aanspraak afweren met een beroep op het verzuim van tijdige afhaling, 'twelk van zelf heeft medegebragt, dat het contract voor hem als verbroken is. Hij kan de zaak geldig aan een ander verkoopen en leveren, zonder dat de vroegere kooper, wiens regt vervallen is, daartegen iets vermag. Maar hij kan dan ook van den kooper, die verzuimde te doen wat hij had moeten doen, geene vergoeding van kosten, schaden en interessen vorderen, zoo als hij dat zou kunnen in verband met eene regtsvordering tot ontbinding; voor zoo iets kan kwalijk een grond worden ontleend aan eene overeenkomst, die van zelf ontbonden of verbroken is (1).

Ten slotte meen ik nog te mogen opmerken, dat de wet de werking der bepaling van art. 1554 niet afhankelijk heeft gemaakt van de betaling van den koopprijs. Natuurlijk kan de verkooper den hem betaalden prijs niet behouden, en zich beschouwen als los van den kooper. Maar de betaling belet hem niet van die bepaling gebruik te maken, en zoo op gemakkelijke wijze aan zijne betrekking tot den kooper een einde te maken (2); hij heeft dan slechts den ontvangen prijs terug te geven, of zich door een aanbod van gereede betaling met consignatie daarvan te kwijten.

Maar de hoofdverpligting van den kooper bestaat volgens art. 1549 in het betalen van den koopprijs. En deze verpligting is zelfs in zoo ver onafhankelijk van de levering der gekochte zaak, die van het oogenblik van den koop af voor rekening van den kooper is, dat ook dan, wanneer zij, zonder eenige schuld van den verkooper en zonder dat deze ten aanzien der levering in verzuim was, verminderd of ook geheel vergaan is, en daarom slechts ten deele of in het geheel niet geleverd worden kan, de verpligting tot betaling van den koopprijs op den kooper blijft rusten, en de verkooper het regt heeft om die van hem te vorderen, art. 1496. Die verpligting omvat den geheelen koopprijs, of alles wat de kooper voor de gekochte zaak geven

(1) Verg. echter LAURENT, XXIV, n. 317.

(2) Verg. echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 154 en n. 3.

moet. En wanneer dit niet uitsluitend in eene geldsom bestaat, maar nevens deze ook nog iets anders aan den verkooper afgestaan moet worden, is de verpligting dezelfde voor het een en voor het ander, hetzij alles onder den naam van koopprijs begrepen is, of het andere nevens dezen werd bedongen (1).

Die betaling nu moet volgens art. 1549 geschieden ter plaatse bij de overeenkomst bepaald, en dit is zeer natuurlijk en tevens in overeenstemming met den regel omtrent de plaats van betaling, dien art. 1429 behelst. Is bij het aangaan van den koop daaromtrent niets bepaald, zoo moet volgens art. 1550 de kooper betalen ter plaatse waar de levering geschieden moet. En hierin vinden wij eene afwijking van den regel van art. 1429, maar die geacht mag worden in verband te staan met de bepaling van art. 1514; is toch de verkooper niet verpligt het goed te leveren, wanneer de kooper den koopprijs niet betaalt, dan zal de kooper ook, zoo hij niet reeds betaald heeft, — en zoo dit reeds geschied is, behoeft van de plaats waar de betaling gedaan moet worden, geen sprake meer te zijn — om de levering op de daarvoor bepaalde plaats te kunnen verlangen, eerst daar moeten betalen. Maar nu meen ik dan ook, hetgeen eene afwijking is van een vroeger gestelden algemeenen regel, daarom niet te moeten beschouwen als een bijzonderen regel voor koop en verkoop, daarvoor algemeen en in alle gevallen geldende. Met het verband tusschen levering en betaling, 'twelk minder blijkbaar bij de bepaling van art. 1549, maar toch zeker bij die van art. 1550 den wetgever voor den geest heeft gestaan, mag en moet, geloof ik, bij de uitlegging en toepassing hiervan rekening gehouden worden (2). Is de levering voorafgegaan, dan

(1) Verg. TROPLONG, n. 596.

(2) Verg. DE PINTO, II, § 886, 1, 5e uitg., bl. 597, 6e uitg., bl. 626; J. K., in *Opmerk. en Mededeel.*, V, bl. 200—205; MALEVILLE, III, bl. 400; DURANTON, XVI, n. 331; TROPLONG, n. 594; LAURENT, XXIV, n. 320. Anders echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 148. Deze zegt: „Wat men ook omtrent den rechtsgrond onzer regeling moge zeggen, en welk besluit daaruit ook zou moeten volgen over de onderstelling waarin zij gemaakt is, aan de algemeenheid harer woorden kan het geen afbreuk doen.”

kan men niet meer spreken van eene plaats waar zij geschieden moet, où doit se faire la délivrance, gelijk art. 1569 Wetb. van 1830 zeide, in overeenstemming met art. 1651 C. N.; wel van die waar de levering geschieden moest, of van de hiervoor bepaalde plaats. Maar daarvan spreekt de wet niet, en het zou zeker niet heel redelijk zijn, wanneer de partijen zich alleen voor de betaling nog eens weder moesten begeven naar de aan beiden misschien even vreemde plaats, waar de levering heeft plaats gehad; en eene uitlegging, volgens welke de wet iets onredelijks bepaalt, komt mij in het algemeen verwerpelijk voor, waar ik aanleiding vind voor eene andere. En al had de betaling gelijktijdig met — en zoo ook op dezelfde plaats als — de levering moeten geschieden, maar is den kooper daarvoor een uitstel verleend, dan geldt het gezegde evenzeer (1); en de bedenking, dat de verkooper niet geacht kan worden door het geven van uitstel ook van de plaats afstand te hebben willen doen, waar de betaling had moeten geschieden, die de Fransche schrijvers van het aannemen dier stelling kon terughouden, omdat dan volgens art. 1247 C. N. ter woonplaatse van den schuldenaar, den kooper, betaald zou moeten worden, kan voor ons geen bezwaar opleveren, voor wie de betaling dan volgens art. 1429 geschieden moet ter woonplaats van den schuldeischer, den verkooper zelven. En zoo de betaling aan de levering voorafgaat, is de kooper zoo min als de verkooper aan de hiervoor aangewezen plaats gebonden, wanneer zij niet door de partijen zelve is bepaald; door art. 1441 6° wordt althans, wanneer daaromtrent geene bijzondere overeenkomst bestaat, de kooper niet belet aanbod van gereede betaling te doen aan den persoon of de woonplaats van den verkooper.

De kooper moet volgens art. 1549 den koopprijs ook betalen ten tijde bij de overeenkomst bepaald, en volgens art. 1550, wanneer daaromtrent bij het aangaan van den koop niets bepaald is, op den tijd, waarop de levering geschieden moet.

---

(1) Verg. TOULLIER, VII, n. 92. Anders echter DURANTON, XVI, n. 381; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 408, n. 8; MARCADÉ, VI, bl. 287, op art. 1650 en v., n. I; LAURENT, XXIV, n. 320.

Wie zich nu wil houden aan deze bepaling, zooals zij luidt, zou daaruit kunnen afleiden, dat, wanneer de levering nooit behoeft te geschieden, ook nooit betaald behoeft te worden; maar die gevolgtrekking zou blijkbaar verkeerd zijn. Het eerste kan plaats vinden, doordien de verkochte zaak vergaan en de verpligting van den verkooper vervallen is, en toch heeft hij dan volgens art. 1496 het regt om den koopprijs te vorderen van den kooper, voor wiens rekening de zaak was van het oogenblik der verbindtenis (art. 1273). Art. 1550 betreft even als art. 1549 niet de verpligting tot betaling zelve, maar enkel den tijd, waarop aan die verpligting moet worden voldaan. En wanneer of voor zoo ver geene dier bepalingen daaromtrent eene aanwijzing behelst of daarvoor dienen kan, bestaat voor den kooper de verpligting tot betaling van het tijdstip af, waarop de koop gesloten is. Van dat tijdstip af is hij den koopprijs schuldig, en kan deze van hem gevorderd worden, zoo niet ten gevolge van eenige bepaling zijne verpligting te dien aanzien beperkt is. En behalve dat hem, wanneer wegens het uitblijven der betaling tegen hem ontbinding der overeenkomst gevorderd wordt, door den regter op zijn verzoek eenig uitstel vergund kan worden (art. 1302*d*), kan hij anders in het algemeen eene vervolging ter zake der betaling niet ontgaan.

Intusschen kan de kooper door de omstandigheden geregtigd worden de betaling uit te stellen. Art. 1552 zegt: „Indien de kooper door eene hypothecaire regtsvordering of door eene regtsvordering tot reclame in zijn bezit gestoord is, of gegronde reden heeft om te vreezen dat hij daarin zal gestoord worden, kan hij de betaling van den koopprijs opschorten" enz.

Het mag zeker redelijk genoemd worden, dat de kooper die betaling uitstellen kan, wanneer het te vreezen staat, dat hij de gekochte zaak toch niet zal kunnen behouden; en al zal hij, wanneer dit gevaar verwezenlijkt wordt, regt hebben op vrijwaring van wege den verkooper, dat regt zou wel eens van geringe waarde kunnen zijn, wanneer die verkooper intusschen verdwenen en niet te vinden of te bereiken, of onvermogend geworden was. En al moet de kooper de betaling niet kunnen uitstellen op grond eener voorgewende, of ook werkelijk gekoes-

terde maar ijdele vrees voor stoornis, teregt heeft toch onze wetgever, in navolging van art. 1653 C. N. (1), niet alleen bij reeds bestaande stoornis, maar ook wegens gegronde vrees daarvoor, den kooper de bevoegdheid gegeven om de betaling uit te stellen. De regtmatigheid van zijn uitstel hangt in het laatste geval van de gegrondheid dier vrees af, en hierbij geldt het eene feitelijke vraag, waarover zoo noodig de regter oordeelen moet; over die stoornis zelve valt intusschen hier het een en ander op te merken.

Vooreerst spreekt de wet van stoornis, zonder aanleiding te geven om onderscheid te maken tusschen eene regtmatige en eene ongewettigde stoornis; en al kan men meenen, dat de verkooper alleen om de eerste op zijne betaling kan moeten wachten, de kooper dient zich toch ook te kunnen beveiligen tegen eene stoornis, die misschien onregtmatig bevonden kan worden. Onze wet spreekt verder van het geval, dat de kooper is of waarschijnlijk zal worden gestoord in zijn bezit. De drie laatste woorden zijn overgenomen uit de officiële vertaling; art. 1653 C. N. zelf spreekt enkel van troublé, en art. 1571 Wetb. van 1830 heeft in den Franschen tekst dit enkele woord, in den Nederlandschen ook de aanvulling. Nu brengt men zeker stoornis al ligt in verband met het bezit, maar bij troubler kan men ook meer algemeen aan bemoeijelijken of verontrusten denken; in allen gevalle levert de opmerking, en daarom meende ik haar te moeten maken, grond op om aan te nemen, dat art. 1552 toepasselijk is zoo wel vóór de levering, als wanneer de kooper hierdoor in het bezit is gekomen (2), en dit geldt te meer, daar juist geen werkelijke stoornis noodig, maar ook gegronde vrees daarvoor voldoende is. Daar is voorts sprake van stoornis door eene hypothecaire regtsvordering of door eene

---

(1) Hierdoor werd van het vroegere regt afgeweken; verg. o. a. TROPLONG, n. 609.

(2) Wanneer SCHÜLLER, op art. 1552, meende dat de kooper niet in het bezit van het goed kan zijn zonder betaald te hebben, verloor hij uit het oog, dat de verkooper volgens art. 1514 slechts niet verpligt, maar wel bevoegd is te leveren zonder betaling te ontvangen.

regtsvordering tot reclame. Onder het eerste hebben wij eene regtsvordering te verstaan, gegrond op een regt van hypotheek en strekkende om dit te doen gelden; onder het laatste eene vordering tot opeisching van eigendom, une action en revendication, zoo als art. 1571 Wetb. van 1830 zeide, in overeenstemming met art. 1653 C. N. (1). Uit die nadere bepaling der bedoelde stoornis blijkt, dat deze niet moet zijn van enkel feitelijken aard, en dat, wanneer iemand den kooper niet met rust laat zonder zich daarbij eenig regt toe te kennen, de kooper daaraan geen regt kan ontleenen om den verkooper op de betaling te laten wachten. Maar er kan ook vrees voor stoornis te pas komen op andere gronden van gelijken aard, b.v. van den kant van iemand, die een regt van vruchtgebruik heeft of beweert te hebben, of van een vroegeren verkooper, wien zijn koopprijs niet betaald is, en die daarom ontbinding van zijnen verkoop vorderen kan; en met het oog daarop kan men vragen, of de kooper ook dan regt heeft om de betaling uit te stellen. Het komt mij voor, dat de nadere aanwijzing, die de wet omtrent de stoornis behelst, enkel bestemd is om haren aard aan te duiden, niet om de werking onzer bepaling te beperken tot die regtsvorderingen, welke tot die aanduiding gediend hebben, en dat, waar de reden dier bepaling ook in andere gevallen evenzeer bestaat, zij zelve ook evenzeer toepasselijk geacht mag worden (2).

Art. 1552 doet op zich zelf denken aan werkelijke of gevreesde stoornis ten aanzien van het gekochte in zijn geheel; maar deze kan ook enkel een gedeelte daarvan betreffen, en ook dan kan die bepaling toepassing vinden. Intusschen zal hierbij rekening gehouden mogen worden met die van art. 1536 en v. Is het gedeelte van dien aard, dat de uitwinning daarvan tot geene ontbinding van den koop aanleiding kan geven, dan zal het

(1) De woorden „tot reclame" zijn aan de officiële vertaling ontleend.

(2) Zie Hof Leeuwarden, 24 September 1884, *W.* 5203. Verg. ook MALEVILLE, III, bl. 402; TROPLONG, n. 610; DURANTON, XVI, n. 351; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 409; MARCADÉ, VI, bl. 288, op art. 1653; LAURENT, XXIV, n. 321.

gevolg zich ook tot een evenredig deel van den koopprijs bepalen. Is het van dat belang, dat in geval van uitwinning de kooper den geheelen koop kan doen ontbinden, zoo zal het gevolg zich redelijkerwijze over den geheelen koopprijs kunnen uitstrekken (1).

Dat gevolg bestaat volgens art. 1552 daarin, dat de kooper de betaling van den koopprijs kan opschorten. Maar dit brengt weer andere gevolgen mede. Nu zal de verkooper ook niet wegens het uitblijven der betaling ontbinding van den koop en verkoop kunnen vragen, zonder dat de kooper dien eisch met goed gevolg kan bestrijden met een beroep op het geval en de bepaling van art. 1552. Nu zal hetzelfde van een eisch tot betaling gelden. En daar men een regt van vordering moet hebben, om tot eene aanmaning bevoegd te zijn en de hieraan verbonden werking te weeg te kunnen brengen, zal de verkooper ook dit niet vermogen. Hij zal dus ook bepaaldelijk den kooper niet door eene sommatie in gebreke kunnen stellen, noch om hem te verpligten tot vergoeding, noch met het oog op iets anders. Aan den anderen kant zal de kooper, waar hij òf volgens de overeenkomst òf krachtens art. 1551 interessen van den koopprijs schuldig is, daarvan in het geval van art. 1552 niet zijn vrijgesteld; die bepaling spreekt daarvan niet, en de wet, die hem tegen mogelijk verlies heeft willen beveiligen, had geen reden om hem in verband daarmede op kosten van den verkooper te bevoordeelen; in allen gevalle heeft zij dat niet gedaan (2). Zoo maakt onze bepaling ook geen inbreuk op die van art. 1514, en al is de kooper geregtigd de betaling uit te stellen, hij kan daarom niet vorderen dat de verkooper zonder den koopprijs te ontvangen het verkochte leveren zal.

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 612.

(2) Verg. hierbij TROPLONG, n. 611; DURANTON, XVI, n. 353; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 408, n. 10; MARCADÉ, VI, bl. 287 en v., op art. 1653; LAURENT, XXIV, n. 327. Hoe daarvoor een aanbod en consignatie te pas kan komen, waarvan TROPLONG en DURANTON spreken, is mij niet duidelijk. Evenmin, wat OPZOOMER, B, VIII, bl. 150, n. 1, ten aanzien van mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 304, opmerkt.

De kooper, die in het geval van art. 1552 de betaling kan opschorten, natuurlijk wanneer zij nog niet heeft plaats gehad, kan daarom niet ook den koopprijs terugvorderen, zoo die reeds was betaald. Hij zal dat misschien later kunnen, in geval eener werkelijke uitwinning, maar aan het bestaan, hetzij eener werkelijke stoornis, hetzij nog maar van gegronde vrees daarvoor, heeft de wet geen zoo ver reikend gevolg verbonden (1). En zoo komt het mij ook voor, dat de vraag, of de kooper in dat geval ontbinding der overeenkomst vorderen kan, niet bevestigend mag worden beantwoord (2). De bewering, dat de verkooper, die de zaak geleverd heeft, onder zoodanige omstandigheden geacht moet worden niet geleverd te hebben, is met het begrip van levering kwalijk vereenigbaar. Is deze geschied, de verpligting tot vrijwaring bleef over; eene ontbinding van het contract zou moeijelijk tot een meer volkomen of veiliger resultaat kunnen leiden, maar vindt in allen gevalle geen grond in de wet.

Op zich zelf kan de kooper in het verondersteld geval de betaling opschorten, totdat de verkooper de stoornis heeft doen ophouden, of totdat met den grond ook de reden der opschorting vervallen is. Maar de verkooper kan daaraan ook een einde maken. Door te zeggen: „ten ware deze liever verkoos zekerheid te stellen" geeft de wet hem het regt daartoe. Men zal intusschen mogen aannemen, dat zij dat doet voor het geval dat de opschorting geen anderen grond heeft dan de bepaling van art. 1552, en dat, waar uitdrukkelijk bedongen is, dat de kooper, in geval van stoornis of gegronde vrees daarvoor, de betaling kan opschorten zoolang die stoornis niet is afgewend, en hij dus gebruik maakt van een regt 'twelk de overeenkomst hem geeft, de verkooper dit door geene zekerheidstelling kan tegengaan (3).

Wat nu die zekerheid betreft, zij zal geëvenredigd moeten zijn aan het bedrag, waarvan de betaling wordt opgeschort,

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 614; LAURENT, XXIV, n. 331.

(2) Zie echter TROPLONG, n. 613, die in n. 7 stoornis te zeer met uitwinning schijnt gelijk te stellen. Verg. ook LAURENT, XXIV, n. 325.

(3) Verg. DURANTON, XVI, n. 354.

van den geheelen koopprijs of van een gedeelte daarvan, naarmate zulks te pas komt; maar ook niet voor meer dan den koopprijs, niet voor hetgeen in geval van werkelijke uitwinning volgens art. 1532 meer teruggegeven of vergoed moet worden (1). Over de genoegzaamheid dier zekerheid, zoo wat het bedrag als wat hare deugdelijkheid betreft, zal in geval van geschil de regter moeten oordeelen; hoe en in welken vorm de zekerheid gesteld zal worden, staat overigens aan den verkooper. Terwijl art. 1571 Wetb. van 1830, in overeenstemming met art. 1653 C. N., sprak van borgstelling, is bij de herziening het woord borg vervangen door: zekerheid (2).

Voorts moet nog worden opgemerkt, dat de kooper geen regt heeft om de betaling op te schorten, en de verkooper dus ook niet noodig heeft dat door zekerheidstelling op te heffen, wanneer er bedongen is, dat hij niettegenstaande alle stoornis verpligt is te betalen. Niets belet de geldigheid van zoodanig beding, en wanneer het gemaakt is, bindt het de partijen; bovendien wijst de wet daarop uitdrukkelijk in het slot van art. 1552. Men zal ook hetzelfde kunnen aannemen, waar de kooper, bekend met het bestaand gevaar, zich verbonden heeft op of binnen een bepaalden tijd te zullen betalen (3).

Het kan zijn dat de kooper buiten den koopprijs ook interessen daarvan schuldig is, en dan zijn dat, zoo geene nadere bepalingen daaromtrent zijn gemaakt, de wettelijke interessen, in art. 2 der Wet van 22 December 1857, Sb. n. 171, bepaald voor burgerlijke zaken op vijf en voor handelszaken op zes ten honderd in het jaar. Zijne verpligting strekt zich echter niet in het algemeen, maar slechts in bepaalde gevallen daartoe uit.

Art. 1652 C. N. noemt drie zoodanige gevallen op, en daaronder in de eerste plaats, wanneer bij den verkoop alzoo is overeengekomen. Onze wet spreekt daarvan niet, maar dit neemt niet weg, dat het toch bij ons evenzeer geldt; waarom zou zoo-

(1) Verg. TROPLONG, n. 617 en v.; LAURENT, XXIV, n. 328—330.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 187.

(3) Verg. DURANTON, XVI, n. 345 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 408 en v.; LAURENT, XXIV, n. 324.

danige overeenkomst niet geldig gemaakt kunnen worden, of gemaakt zijnde niet volkomen van kracht zijn? Dat dit zoo natuurlijk is, zal wel de reden zijn waarom bij de bewerking van ons Wetboek het stilzwijgen daaromtrent zelfs tot geene vraag aanleiding heeft gegeven. En zeker is ook voor de kracht van zoodanig beding niet noodig, dat het ten tijde van den verkoop is gemaakt; eene latere overeenkomst moet hetzelfde gevolg hebben.

Het tweede geval van art. 1652 C. N. is dat, waarvan ons art. 1551 spreekt, en zegt dat de kooper zelfs zonder uitdrukkelijk beding tot betaling van interessen van den koopprijs verpligt is, wanneer de verkochte en geleverde zaak vruchten of andere inkomsten oplevert. Niets belet dat partijen een beding maken in tegenovergestelden geest; maar waar dit niet is geschied, kan de bepaling der wet in het algemeen redelijk en gepast geacht worden, die ten gevolge heeft, dat de kooper niet tegelijk het voordeel genieten zal, 'twelk de zaak oplevert, en dat 'twelk de koopprijs kan opbrengen, terwijl de verkooper beide missen moet. De wet spreekt van de verkochte en geleverde zaak, en beperkt dus hare bepaling tot het geval dat de levering heeft plaats gehad, waaronder wij ook hier weder de levering in den zin van art. 1511 te verstaan hebben; maar zij verschaft daardoor tevens een genoegzamen grond voor de gevolgtrekking, dat de verpligting loopt van het oogenblik dier levering; eerst dan, maar ook van dat tijdstip af is de zaak eene gekochte en geleverde. Of nu al volgens art. 1517*b* alle vruchten der zaak van den dag van den verkoop af aan den kooper behooren, dit geeft geen regt om hem ook van dien dag af interessen te laten betalen. En of voor de levering een latere dag is aangewezen, dan of zij eenvoudig door den verkooper is vertraagd, zal met het oog op art. 1551 onverschillig geacht moeten worden; en die bepaling maakt evenmin onderscheid, of de betaling eenvoudig uitblijft, dan of den kooper daarvoor een termijn is toegestaan (1).

---

(1) Verg. Gelderland 19 Februarij 1868, *N. R. B.*, XX, bl. 464 en v.; DURANTON, XVI, n. 340; TROPLONG, n. 599; ZACHARIAE

De kooper moet interessen betalen, indien de zaak vruchten of andere inkomsten oplevert, produit des fruits ou autres revenus, zoo als art. 1570 Wetb. van 1830 zeide, in overeenstemming met art. 1652 C. N. Het woord vruchten, door geene nadere bepaling beperkt, omvat alle vruchten, burgerlijke zoo wel als natuurlijke (1). Wordt nu daarbij ook nog van andere inkomsten gesproken, dan zal het onderscheid tusschen beide misschien daarin te vinden zijn, dat de eerste periodiek op bepaalde tijden kunnen worden verwacht, de andere niet, of zullen onder deze voordeelen verstaan moeten worden, die men niet onder vruchten pleegt te begrijpen; met het gebruik, of ook met het genoegen, dat men anders van de zaak hebben kan, wordt door de wet geen rekening gehouden. Maar bovendien doen zich daarbij zwarigheden voor, bepaaldelijk ook door de vraag, of het voldoende is dat de zaak naar haren aard vruchten enz. oplevert (2), zoodat de bepaling toepasselijk is, om het even of zij dit nu ook werkelijk doet, dan of het laatste noodig, en de toepasselijkheid daarvan afhankelijk is. Het eerste beveelt zich zeker door meerdere eenvoudigheid aan en ontheft van moeiten omtrent het bewijs enz., maar het laatste komt mij voor meer, of liever alleen, in overeenstemming te zijn met de bepaling der wet; want al kan men zeggen dat een vruchtboom een vruchtboom is, ook als hij niet draagt, men kan niet zeggen dat hij in dit geval vruchten oplevert, en men mag wel wat voorzigtig zijn met qualificatiën, welke vreemd zijn aan de wet, en aanleiding kunnen geven tot gevolgtrekkingen welke met de door haar gebezigde uitdrukking moeijelijk zijn overeen te brengen (3). Voorts dient nog te worden opgemerkt, dat er geen

(AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 409, n. 1; MARCADÉ, VI, bl. 287, op art. 1650 en v., n. II; LAURENT, XXIV, n. 333.

(1) Daarbij ook nog van vruchten van nijverheid te spreken komt niet te pas; verg. hierboven, I, bl. 428 en v.

(2) Zie POTHIER, n. 283; TROPLONG, n. 602.

(3) Zie b.v. OPZOOMER, B, VIII, bl. 148 en v., n. 4, volgens wien de kooper ook interessen der koopsom schuldig is, wanneer de verkochte zaak van dien aard is, dat zij vruchten draagt of andere inkomsten geeft. Dit zegt de wet niet.

sprake mag zijn van afgifte der genoten vruchten of inkomsten, noch van eene verrekening van het bedrag daarvan, op zich zelf of in verband met dat der wettelijke interessen, maar dat, hoe veel of hoe weinig de zaak ook mag hebben opgeleverd, de kooper in allen gevalle en daarvan onafhankelijk het vaste bedrag der wettelijke interessen van den bepaalden koopprijs moet betalen. Al kan nu eene bepaling van de hier bedoelde strekking in het algemeen redelijk en gepast genoemd worden, of zij, zoo als zij gesteld is, zich wel bijzonder aanbeveelt, meen ik te mogen betwijfelen.

Het derde geval, waarin de kooper volgens art. 1652 C. N. interessen betalen moet, bestaat wanneer hij gesommeerd is om te betalen, en hij is ze dan schuldig van die sommatie af. Onze wet spreekt daarvan niet. Dit gaf indertijd aanleiding tot de vraag, waarom niet is gesproken van de interessen na de sommatie verschuldigd, zoo als bij art. 1652 van het Fransche Wetb. is geschied. De Regering antwoordde daarop: „omdat zulks in den algemeenen regel omtrent vergoeding van kosten, schaden en interessen valt" (1), en daarin schijnt te zijn berust. Er was anders reden voor het tegendeel; de algemeene regel toch omtrent vergoeding van kosten, schaden en interessen is hier, waar het eene verbindtenis geldt alleen betrekkelijk tot de betaling van eene zekere geldsom, in art. 1286 te vinden, naar welks derde lid zij alleenlijk verschuldigd is van den dag, waarop zij in regten is gevorderd, in tegenstelling van art. 1279, waar anders die vergoeding in verband gebragt wordt met eene ingebreke-stelling van den schuldenaar. En nu komt het mij, bij gebreke eener uitdrukkelijke bepaling in onze wet, waardoor van dien algemeenen regel werd afgeweken, gelijk in art. 1652 ten aanzien van art. 1153 C. N. was geschied, alleen

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 186; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 553. In gelijken geest sprak ook BEELAERTS VAN BLOKLAND; zie V., bl. 186 en v.; N. I, bl. 49. Hij sprak van interessen *ex mora*, en van den kooper die *in mora* is gesteld. Moest ook hier de Latijnsche vlag de bedenkelijke lading dekken?

aannemelijk voor, dat bij ons aan eene sommatie zoodanige kracht niet moet worden toegekend (1).

De kooper kan voorts ook nog verpligt zijn aan den verkooper kosten te vergoeden, die deze vóór de levering tot behoud of ook tot onderhoud der zaak heeft moeten maken. Die verkooper is verpligt tot aan de levering als een goed huisvader te zorgen (art. 1271*a*), maar niet om ook de kosten te dragen, die daardoor noodig kunnen zijn. Ook behooren volgens art. 1517*b* de vruchten van den dag van den verkoop af niet aan hem, maar aan den kooper. De verpligting tot die vergoeding hangt af van de noodzakelijkheid en deugdelijkheid der gedane uitgaven, en niet van het gevolg, waartoe ze hebben geleid. Wanneer b.v. een paard, zonder ten tijde van den verkoop aan eenig verborgen gebrek te lijden, vóór de levering ziek wordt, en in weerwil der daaraan bestede moeiten en kosten komt te sterven, zal de vergoeding evenwel te pas komen. Niets belet dat des koopers verpligting daartoe, in het algemeen of met betrekking tot bepaalde kosten, bij een door partijen gemaakt beding kan worden uitgesloten, maar daartoe is dan ook een bepaald beding van zoodanigen inhoud noodig; de bepaling b.v., dat de vruchten tot aan de levering ten voordeele van den verkooper zullen zijn, sluit zoodanige afwijking niet in (2).

De verkooper, wiens regt op betaling reeds grootelijks beveiligd is door de bepaling van art. 1514, volgens welke hij niet verpligt is het goed te leveren, wanneer de kooper den koopprijs niet betaalt, zoo hij dezen niet een uitstel van betaling heeft toegestaan, vindt bovendien in de wet voor zich nog andere waarborgen. Met betrekking tot roerende goederen is hem in art. 1185 3° in verband met art. 1190 voor den nog onbetaalden koopprijs een voorregt gegeven op het verkochte goed. Ten aanzien van onroerend goed is zoo iets niet geschied; maar wanneer hij bij de koopakte, tot waarborg voor den koopprijs, voor zich hypotheek op het goed bedongen of voorbehouden

---

(1) Anders dacht ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 295 en v.

(2) Verg. POTHIER, n. 291 en v.; MALEVILLE, III, bl. 406; DURANTON, XVI, n. 332; TROPLONG, n. 683; LAURENT, XXIV, n. 310.

heeft, en dit kan niet alleen, maar pleegt ook zeer dikwijls te geschieden, dan heeft volgens art. 1227, zoo hij maar zorgt dat hare inschrijving plaats heeft binnen acht dagen na de overschrijving dier akte, zijne hypotheek den voorrang boven elke andere, die de kooper daarop intusschen mogt hebben verleend.

Ten aanzien van roerende goederen, die de verkooper geleverd, maar waarvoor hij geene betaling gekregen noch uitstel daarvan verleend heeft, is hem bovendien in het algemeen in art. 1191 de bevoegdheid toegekend, om ze gedurende dertig dagen na de aflevering terug te eischen, mits ze zich nog bevinden in handen van den kooper, en in denzelfden staat waarin zij zijn geleverd geworden (1). Die goederen behooren ten gevolge der levering niet meer aan den verkooper, maar aan den kooper; deze, niet gene is daarvan de eigenaar. En ook de wet beschouwt en behandelt den verkooper niet als zoodanig; zij geeft hem geene zakelijke regtsvordering, die hij als eigenaar tegen iederen houder zou kunnen instellen; zij beschouwt en behandelt hem alleen als verkooper, en verleent hem als zoodanig eene persoonlijke vordering tegen den kooper, strekkende om de levering, waartoe hij volgens art. 1514 zonder betaling te ontvangen niet verpligt was, die hij evenwel zonder betaling te ontvangen gedaan heeft, weer als ongedaan te maken, en daardoor, zooals art. 1191 zegt, het weder verkoopen van het goed te beletten, of liever eene overdragt daarvan aan anderen, en zelfs eene inpandgeving, onmogelijk te maken (2).

In het algemeen, en van welken aard het verkochte goed ook zijn mag, kan voorts, volgens art. 1553, indien de kooper den koopprijs niet betaalt, de verkooper de vernietiging, of liever de ontbinding, la résolution, van den koop vorderen overeenkomstig de bepalingen van art. 1302 en 1303. Wat te dien aan-

---

(1) Verg. over reclame of terugvordering in zaken van koophandel, in en buiten faillissement van den kooper, B. I, tit. 8, art. 230 en v. W. v. K., en daarbij o. a. mijn *Handboek voor het Ned. handelsregt*, I, § 6, n. 4, bl. 32 en v., 2e uitg., 40 en v., III, § 85, bl. 247 en v., 2e uitg., 257 en v.

(2) Verg. hierboven VII, bl. 627 en v.

zien voorkwam in art. 1654—1656 C. N., is bij ons vervangen door die verwijzing naar vroegere bepalingen (1), en art. 1553 zelf zou eigenlijk ook overbodig zijn, maar vindt eene reden van bestaan in het verband waarin het staat tot art. 1554, waar met betrekking tot de daar aangeduide zaken zelfs zoodanige vordering overbodig wordt gemaakt (2).

De verkooper wordt ook door de aanneming eener gedeeltelijke betaling niet verhinderd zoodanige regtsvordering in te stellen; de kooper heeft ook dan den koopprijs niet betaald, niet aan zijne verpligting voldaan (art. 1302*a*). Hij behoudt dat regt, zoolang de koopprijs niet ten volle betaald, maar althans voor een deel verschuldigd gebleven is (3). Dit is niet meer het geval, wanneer of voor zoo ver er schuldvernieuwing heeft plaats gehad, maar daartoe moet dan ook de verbindtenis, die ten gevolge van den koop en verkoop ter zake van den koopprijs bestond, door eene andere vervangen en opgeheven zijn.

Het regt van den verkooper vervalt, behalve ten aanzien van roerende zaken volgens art. 1191, ook niet doordien het verkochte intusschen aan een ander is overgedragen. Dit feit, dat aan den verkooper vreemd is, brengt naar onze wet in het algemeen geene wijziging te weeg in zijne regtsbetrekking tot den kooper. En wanneer de als stilzwijgend bij den koop aangenomen veronderstelde ontbindende voorwaarde tot eene ontbinding heeft geleid, en overeenkomstig art. 1301*a* de zaken weder in den vorigen stand zijn teruggebragt, alsof er geen

---

(1) Verg. BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, V, bl. 187, NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 50.

(2) Zie ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 152, volgens wien de bepaling van art. 1553 slechts een inleiding is tot die van art. 1554.

(3) Men heeft dat ook willen toepassen op het geval van wanbetaling van een of meer termijnen eener lijf- of altijddurende rente; zie DURANTON, XVI, n. 370; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 409, n. 4; verg. LAURENT, XXIV, n. 339 en v. Doch wanneer het waar is, dat zoodanige rente geen koopprijs zijn kan, maar slechts bij wijze van schuldvernieuwing, of van een dubbelen koop en verkoop, daarvoor in de plaats kan komen, zie hierboven, bl. 188 en v., dan komt zoodanige stelling niet te pas, en is zij althans niet gegrond.

koop en verkoop had bestaan, dan zal een gevolg daarvan zijn, dat de kooper ook geacht moet worden ten gevolge van den koop geen eigenaar van het goed geworden te zijn; en dan volgt daaruit, dat hij dus ook niet bevoegd was het aan een ander over te dragen, en alzoo een later verkrijger geen eigenaar heeft kunnen worden; dat daarentegen de oorspronkelijke verkooper nog als eigenaar te beschouwen is, en als zoodanig geregtigd om het van elken houder terug te vorderen. En meermalen wordt dan ook eene schuldvernieuwing tot stand gebragt, om door middel daarvan de schuld ter zake van den koop en den koopprijs af te doen, en zoo derden te beveiligen tegen de gevolgen, die anders uit eene regtsvordering, daarop gegrond dat de koopprijs door hun voorganger niet betaald is, voor hen zouden kunnen voortvloeijen.

Wat de vraag betreft, of de verkooper ook, met voorbijgang van zijnen kooper, eenen derde kan aanspreken tot teruggave der zaak, die haar van dien kooper gekregen heeft, zij zal niet wel anders dan ontkennend beantwoord kunnen worden. Hij treedt niet op als eigenaar, dit is hij niet meer; eene zakelijke regtsvordering, die hij zou kunnen instellen tegen iedereen, tegen wien dit te pas zou kunnen komen, heeft hij niet; hij heeft alleen eene persoonlijke vordering, ten gevolge van den koop en verkoop, door hem met den kooper gesloten, gegrond in het feit dat deze niet aan zijne verpligting heeft voldaan; en die vordering kan hij alleen instellen tegen dengene met wien hij als verkooper in betrekking staat. Het resultaat van zijn eisch tegen dezen kan hij doen gelden tegen derden, maar regtstreeks optreden tegen dezen kan hij niet (1).

De wet behelst in eene vijfde en laatste afdeeling van dezen titel, volgens het opschrift, bijzondere bepalingen betrekkelijk den koop en verkoop van inschulden en andere onligchamelijke regten. Bijzondere bepalingen; niet om voor die onderwerpen

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 632—634; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 356, bl. 409, n. 8; LAURENT, XXIV, n. 359. Anders echter DURANTON, XVI, n. 361; *Regtsk. Tijdschrift v. h. Not.*, II, bl. 405.

in de plaats te komen van de algemeene, zoodat deze dus alleen zouden gelden voor andere zaken, maar om nevens die algemeene, en met aanvulling van deze, mede te dienen tot regeling der gevolgen van koop en verkoop der hier bedoelde zaken.

Maar welke zijn dat? De wet spreekt van inschulden, en wat wij daaronder te verstaan hebben, is niet twijfelachtig. Maar zij spreekt ook van onligchamelijke regten, en zij doet dat in navolging van den C. N., die eveneens spreekt van droits incorporels. En als wij nu vragen, of dan niet alle regten onligchamelijke zaken zijn, en of er ook regten bestaan, die ligchamelijke zaken zijn, dan is het antwoord natuurlijk niet twijfelachtig, zoo weinig zelfs, dat men bezwaarlijk ook maar zou kunnen vermoeden, dat het den Franschen of ook onzen wetgever niet even goed bekend was als ons. Moet men dan hier aan een pleonasme denken? Had de wetgever eigenlijk, behalve van inschulden, moeten spreken òf van andere onligchamelijke zaken, òf van andere regten? En heeft hij willen aanduiden, dat, wat hij nevens inschulden bedoelt, nog iets meer dan onligchamelijk, dat het ook een regt moet zijn (1). Mij komt zulks niet aannemelijk voor; ik meen veeleer te moeten aannemen, dat de wetgever alleen aan regten heeft gedacht, en dat ook door ons alleen aan regten gedacht moet worden, doch niet aan alle regten, dat de uitdrukking der wet niet moet dienen om regten van andere onligchamelijke zaken te onderscheiden (2), en dat het bijvoegelijk naamwoord, al is het daarvoor minder geschikt en daarom niet gelukkig gekozen, werkelijk bestemd is voor eene tegenstelling van sommige tegenover andere regten. Vraagt men nu, welke regten dan bedoeld kunnen zijn, zoo antwoord ik: dezulke, die niet gevestigd zijn op iets ligchamelijks, geene magt over zoo iets medebrengen, maar enkel een bestanddeel uitmaken eener verbindtenis, eener betrekking tusschen personen.

---

(1) Zie OPZOOMER, B, VIII, bl. 193 en v., n. 2.

(2) Trouwens, wat zouden wij hieronder hebben te verstaan? De „universitates rerum", waarvan OPZOOMER, t. a. p., bl. 194, spreekt, geloof ik niet dat daartoe gebragt kunnen worden, gelijk ik reeds hierboven, I, bl. 457, n. 3, te kennen gaf.

Het komt mij voor, dat wij ons die onligchamelijke eenvoudig als persoonlijke regten kunnen voorstellen, en dat we tot die andere onligchamelijke of persoonlijke regten, nevens inschulden vermeld, met name ook de gevestigde renten, hetzij altijddurende of lijfrenten, kunnen brengen, die ook in art. 567 onder 2° afzonderlijk vermeld worden, nevens — en afgescheiden van — de verbindtenissen en vorderingen, die opeischbare geldsommen of roerende goederen tot onderwerp hebben, waarvan daar onder 3° sprake is, en die daar even als de andere als roerende zaken worden voorgesteld. Uitgesloten zijn dan de zakelijke regten; en het komt mij voor, dat met betrekking tot deze ook aan geene der bijzondere bepalingen behoefte bestaat.

Wat vooreerst de inschulden betreft, tegen hare overdragt in het algemeen of dóor koop en verkoop in het bijzonder bestaat naar ons regt geen bezwaar, ook niet waar zij ten laste van een bepaalden schuldenaar en ten behoeve van een met name genoemden schuldeischer ontstaan zijn (1). Die schuldeischer kan daarover, even als over andere bestanddeelen van zijn vermogen, naar welgevallen beschikken, en is daarin geheel onafhankelijk van den schuldenaar, die zich die overdragt onder alle omstandigheden moet laten welgevallen. Naar ons regt zelfs nog meer onafhankelijk dan naar het Fransche, dat hem, waar een regt over 'twelk geschil bestond was overgedragen, in art. 1699 en v. C. N., in den regel onder zekere bepalingen een regt van naasting toekende, 'twelk onze wetgever niet heeft willen erkennen (2).

De inschuld, die verkocht wordt, zal dien ten gevolge op den kooper overgaan, zoo als zij was bij den verkooper. Dit geldt van het bedrag, 'twelk hetzelfde blijft, onafhankelijk van den koopprijs, daar onze wet dat door den C. N. aan den kooper

---

(1) Verg. hierboven, X, bl. 50 en v.

(2) Verg. een antwoord der Regering op eene deswege gedane vraag, bij VOORDUIN, V, bl. 158 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 555; BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, bl. 159, NOORDZIEK, I, bl. 51. Zie voorts over dat regt van naasting o. a. LAURENT, XXIV, n. 581 en v.

toegekende regt van naasting niet kent, en nergens heeft bepaald, dat de kooper eener inschuld van den schuldenaar geen hooger bedrag kan vorderen dan dat van den koopprijs (1). Het geldt ook van haren aard, en dit laat zich in verschillende opzigten opmerken. Is zij rentegevend, dan zullen de interessen ook ten voordeele van den kooper loopen, gelijk ze dat deden voor den verkooper; is zij dat niet, dan kan de kooper wel een regt op interessen bekomen, maar slechts ten gevolge eener andere oorzaak, van eene overeenkomst of van eene dagvaarding overeenkomstig art. 1286, niet ten gevolge van den koop. Is zij volkomen geldig, dan is zij dat voor den kooper gelijk voor den verkooper; maar is zij gebrekkig, dan is zij dat ook ten aanzien van den een zoowel als van den ander; en ook tegen den kooper kan men zich op dezelfde gebreken beroepen, die men kon aanvoeren tegen den verkooper. Al gold het een gebrek, dat met den persoon des verkoopers in verband staat, wiens dwang of bedrog de geldigheid der inschuld verhindert, het gebrek kleeft nu eenmaal de inschuld aan, en deze wordt daarvan niet bevrijd doordien de schuldeischer haar overdraagt aan een ander. Is die overdragt ter voldoening aan art. 668*b* aan den schuldenaar beteekend, zonder dat deze zich op het gebrek der inschuld heeft beroepen, dan is dit daardoor niet opgeheven; en al heeft hij de overdragt aangenomen of erkend, waaraan die bepaling een gelijk gevolg verbindt als aan eene beteekening, dan mag daarin geene erkenning der inschuld zelve gezien worden, met een afstand van alle beroep op eenig gebrek waaraan zij lijdt, maar ligt daarin niets anders dan eene erkenning van de hem te kennen gegeven overdragt der inschuld, die met de waarde of onwaarde van deze niets te maken heeft (2). Is de inschuld eene bevoorregte, doordien de

---

(1) Verg. hierboven, X, bl. 52 en v., en de noot op bl. 53, waar gesproken is over de lex Anastasiana van het Romeinsche regt, en hare afschaffing in Duitschland; eene afschaffing, die bij ons niet te pas kwam, waar immers reeds in 1809 het wettelijk gezag van het Romeinsche regt in zijn geheel afgeschaft was verklaard.

(2) Verg. LAURENT, XXIV, n. 536.

wet daaraan een privilegie heeft verbonden, uit hoofde van den aard der schuld, zoo als art. 1180*a* zegt, dan zal zij ook als eene zoodanige op den kooper overgaan. En hetzelfde zal men kunnen aannemen ten aanzien der toepasselijkheid van den lijfsdwang. Voorregten worden dan ook in art. 1569 genoemd als behoorende tot de verkochte inschuld.

Die bepaling zegt, dat de verkoop eener inschuld bevat al wat daartoe behoort, en noemt als zoodanig nevens de voorregten, en naar mijn oordeel juister, ook borgtogten en hypotheken; die, niet eveneens in de inschuld begrepen, maar tot beveiliging der voldoening daaraan verbonden, ook meer gevoegelijk gezegd kunnen worden daartoe te behooren. En hiertoe kan ook gebragt worden de executoriale titel, die eene procedure met een daarop volgend vonnis overbodig maken, of ook in een vonnis bestaan kan (1). En art. 1569 wijst volstrekt niet op eene limitatieve strekking, en het woordje: als, gelijk ook de Fransche uitdrukking: tels que (2), doet, dunkt mij, bepaaldelijk aan voorbeelden denken (3). — Art. 1569 geeft voorts nog aanleiding tot bespreking van enkele punten.

Wat de renten of interessen betreft, dat deze, voor zoo ver zij na den verkoop beginnen te loopen, den kooper toekomen, kan kwalijk in ernst betwijfeld worden; maar hoe is het met die, welke ten tijde van het sluiten der overeenkomst reeds loopende waren maar nog niet verschenen, en hoe met de achterstallige, die op dat tijdstip reeds verschenen, maar nog niet voldaan waren (4)? Het komt mij voor, dat dit voor ons en naar

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 924; DURANTON, XVI, n. 509; MARCADÉ, VI, bl. 334, op art. 1692, n. I; LAURENT, XXIV, n. 532.

(2) Zoo de Fransche tekst van art. 1588 Wetb. v. 1830, even als art. 1692 C. N., waarvoor de officiële vertaling had: als.

(3) Zie echter ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 195, n. 3, volgens wien tegen hen, die op het woord „als" dringen, „een ander weer op het voegwoord *en* zou kunnen wijzen, dat aan volledige omgrenzing laat denken."

(4) Verg. daarvoor o. a. DURANTON, XVI, n. 507; TROPLONG, n. 915; LAURENT, XXIV, n. 538.

onze wet evenmin aan redelijken twijfel onderworpen is. Onze wet behelst de bepaling van art. 557, die in den C. N. niet voorkomt, en volgens welke de burgerlijke vruchten alleen geacht worden een gedeelte der zaak uit te maken, zoolang ze niet opeischbaar zijn; behoudens de bijzondere wetsbepalingen en overeenkomsten. Nu moet alleen de vraag zijn, of en in hoe ver de interessen ten tijde van den koop een deel der inschuld uitmaakten, daartoe behoorden, daarin begrepen waren; en dit moet naar art. 557 beoordeeld worden. Op zich zelf zou eene regeling niet ongepast zijn, naar welke de interessen worden gerekend van dag tot dag verkregen te worden, en aan den kooper te behooren van het tijdstip van den koop af, op de wijze waarop de zaak met betrekking tot vruchtgebruik geregeld is in art. 810; maar dit is eene bijzondere bepaling, gemaakt voor een bijzonder onderwerp, en laat zelfs geene analogische toepassing toe op andere onderwerpen, tegenover eene algemeene bepaling die hiervoor geldt. En interessen, die reeds opeischbáar waren, en dus geen deel der inschuld meer uitmaakten, maar eene zaak op zich zelve waren geworden en als zoodanig zelve weer interessen kunnen opbrengen (art. 1287), zijn niet meer in den koop der inschuld begrepen, en de kooper kan daarop geen aanspraak maken, dan uit kracht eener bijzondere overeenkomst. En men zou misbruik maken van art. 1509, wanneer men op grond daarvan een duidelijk en ondubbelzinnig beding noodig wilde achten, om hem te kunnen toekennen, wat hem uit kracht der wet zelve toekomt.

Hij die zijn huis verkocht heeft, heeft regt op den koopprijs, en kan zijne inschuld te dier zake aan een ander verkoopen. Maar het is mogelijk, dat hij tegen den kooper van het huis ook andere regten kon doen gelden, zal dan ook de kooper der inschuld daarvan eveneens gebruik kunnen maken? De vraag kan onder verschillende omstandigheden te pas komen. Het kan zijn dat de verkooper van het huis minderjarig was toen hij dit verkocht; hij had dan later de nietigverklaring dier handeling kunnen vragen, maar deed dat niet, en droeg, meerderjarig geworden, zijne inschuld over, kan nu de kooper hiervan ook die nietigverklaring vorderen? Zeker niet. Zijn verkooper zelf

zou dat niet meer kunnen, deze verloor de bevoegdheid daartoe, toen hij door den verkoop der inschuld dien van het huis bekrachtigde, en kon haar hierbij niet op den kooper doen overgaan; en die bevoegdheid heeft nooit behoord tot zijn regt op den koopprijs, of daarmede in eenige betrekking gestaan. — De verkooper van het huis, die van den kooper den koopprijs kon vorderen, kon misschien ook, omdat deze niet betaald werd, ontbinding eischen; kan nu de kooper der inschuld dat ook? Het antwoord zal wederom ontkennend moeten zijn (1). De beide vorderingen van den verkooper van het huis sproten voort uit dezelfde handeling waarop geene betaling gevolgd was, en vonden daarin haren grond, maar de eene behoorde zoo min tot de andere, als deze tot gene, en hij wien het regt op den koopprijs werd overgedragen, kreeg daarom en daardoor niet tevens het regt om ontbinding van den koop en verkoop van het huis te vorderen; bovendien zou hij, die alleen ten aanzien van den koopprijs in de regten van den verkooper getreden was, onmogelijk door eene ontbinding van het koopcontract omtrent het huis eenig regt op dit laatste kunnen krijgen. — Misschien heeft de verkooper van het huis een regt van wederinkoop bedongen, kan dan dit regt ook uitgeoefend worden door den kooper der inschuld? Ook hier zal weder ontkennend moeten worden geantwoord; het regt op den koopprijs sluit geen regt van wederinkoop in, en dit, gegrond op een bepaaldelijk daarvoor gemaakt beding, heeft nooit tot het regt op den koopprijs behoord. — Anders zou het antwoord kunnen zijn, bepaaldelijk wat de twee laatste vragen betreft, wanneer de verkooper van het huis niet zijne inschuld ter zake van den prijs, maar al zijne regten tegen den kooper had overgedragen, maar dan maakten ook die regten te zamen het onderwerp der overdragt uit.

De overdragt eener verkochte inschuld heeft plaats door middel

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 195, n. 2; MARCADÉ, VI, bl. 334 en v., op art. 1692, n. II. Anders echter ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *bis*, bl. 419 en n. 2. Zie ook TROPLONG, n. 916; LAURENT, XXIV, n. 335. In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 360, dacht ik ook anders.

der akte, daarvoor in art. 668*a* gevorderd, en is daarmede in het algemeen, ook tegenover derden, voltooid. Zij heeft echter volgens art. 668*b* ten aanzien van den schuldenaar geene kracht dan van het oogenblik, dat zij aan hem beteekend is, of hij haar schriftelijk heeft aangenomen of erkend. En als wij nu in art. 1576 lezen, dat de schuldenaar ook tegenover den kooper op eene voldoende wijze, en dus deugdelijk (1) bevrijd is, wanneer hij vóór de levering der verkochte inschuld, of van eenig ander onligchamelijk regt, aan den verkooper de schuld voldaan heeft, dan dienen wij op te merken, dat hier geen sprake is van de overdragt, maar van de levering, en dat wij hieronder hebben te verstaan de levering in den zin, waarin de verkooper volgens art. 1510 en v. daartoe verpligt is, en waarin we meermalen hebben opgemerkt, dat daarvan bij de behandeling van koop en verkoop doorgaans wordt gesproken. Zoo moet ook voor he bestaan der inschuld ten tijde van die levering door den verkooper ingestaan worden volgens art. 1570. En tot die levering behoort, gelijk wij hierboven hebben opgemerkt (2), de beteekening, waarvan art. 668*b* spreekt, wanneer zij niet door eene aanneming of erkenning vervangen en overbodig gemaakt is (3).

Wanneer en voor zoo ver nu de schuldenaar, vóór dat zoo iets geschied is, aan den schuldeischer, die de inschuld verkocht, heeft betaald, is hij daardoor deugdelijk bevrijd ook tegenover den kooper der inschuld, die zich nu als zijn schuldeischer beschouwt. En zoo geldt zonder twijfel hetzelfde, wanneer de schuld op andere wijze tegenover den ouden schuldeischer was te niet gegaan, door schuldvernieuwing, kwijtschelding, compensatie

---

(1) Valablement zegt art. 1595 Wetb. v. 1830, even als art. 1691 C. N.

(2) Zie hierboven, bl. 219 en v.

(3) Art. 1691 C. N., waarvoor ons art. 1576 in de plaats is gekomen, zegt dan ook: si avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré. Ik moet er intusschen bijvoegen, dat de Fransche tekst van art. 1595 Wetb. v. 1830 spreekt, niet van la délivrance, maar van la tradition de la créance etc.

enz. Maar nu zal dan ook de bewijslast ten aanzien dier vroegere betaling enz. op den kooper rusten, die zich daarop beroept en voor zijne bevrijding moet beroepen. Ten aanzien van dat bewijs zou er eene gewigtige, veelal misschien onoverkomelijke zwarigheid bestaan, wanneer de bepaling van art. 1917 omtrent de zekerheid of onzekerheid der dagteekening van onderhandsche akten hier van toepassing was. Wie toch pleegt in geval van betaling eene notariële kwitantie te verlangen, of de onderhandsche te laten registreren? Maar dat bezwaar vervalt, wanneer art. 1917 hier niet van toepassing is, omdat de kooper der inschuld een regtverkrijgende is van haren verkooper, en dus geen derde te wiens aanzien de dagteekening op de daar aangeduide wijze verzekerd moet zijn. En dat dit werkelijk het geval is, heb ik vroeger getracht te betoogen, terwijl ik meen hier te kunnen volstaan met naar het toen gezegde te verwijzen (1).

De inschuld moet geleverd worden met al wat zij bevat en wat tot haar behoort. En zoo moet zij ook door den verkooper worden gevrijwaard. Omtrent die vrijwaring behelst de wet nadere bepalingen.

Art. 1570 stelt op den voorgrond, dat hij, die eene inschuld of een ander onligchamelijk regt verkoopt, moet instaan voor het aanwezen daarvan ten tijde van de levering, al heeft ook de verkoop zonder belofte van vrijwaring plaats gehad. Een niet bestaand regt baat den kooper niet. En vrijwaring deswege is hier te meer noodzakelijk, omdat, terwijl een kooper van ligchamelijke zaken, in het algemeen althans, in staat is zich van haar bestaan te overtuigen, dit ten aanzien van onligchamelijke niet eveneens kan geschieden. Zelfs dan niet wanneer hem een titel wordt vertoond en afgegeven, omdat die titel het regt zelf niet is, noch als een vertegenwoordiger daarvan beschouwd en vertrouwd kan worden. Gelijk er toch regten en met name inschulden kunnen bestaan, zonder een daartoe betrekkelijken

(1) Zie hierboven, II, bl. 388—398, en bepaaldelijk bl. 395 en v. Verg. over die vraag ook ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *bis*, bl. 419 en n. 1; MARCADÉ, VI, bl. 332 en v., op art. 1689 en v., n. V; LAURENT, XXIV, n. 537.

titel, kan er evenzeer een titel bestaan, zonder eene inschuld, waarop hij betrekking heeft; niet alleen doordien deze kan zijn opgeheven, zonder dat de titel is vernietigd, wat bij compensatie zeer natuurlijk en ook bij de andere wijzen van opheffing zeer wel denkbaar is, maar ook doordien er een titel is gereed gemaakt met het oog op eene verbindtenis, die aangegaan zou worden, maar niet tot stand is gekomen.

Met het aanwezen van de inschuld enz. wordt zeker een werkelijk en geldig bestaan bedoeld, zoodat de kooper inderdaad zal krijgen dat wat hij heeft gekocht. Dit is niet het geval, wanneer de inschuld wegens een gebrek, dat hare bron aankleeft, nietig verklaard kan worden, maar dan zal ook de verkooper, wanneer dit geschiedt, tot vrijwaring verpligt zijn. Wij hebben daarbij voorts te denken aan eene inschuld van den verkooper, of van iemand die door dezen wordt vertegenwoordigd, en als wiens inschuld zij verkocht is. Er is toch niet eenvoudig eene inschuld verkocht van een zeker bedrag, maar eene bepaalde inschuld van een bepaalden schuldeischer, tegen een bepaalden schuldenaar. Is een ander de schuldeischer, dan hij als wiens inschuld zij verkocht is, dan is de koop niet geldig, werd de kooper daardoor geen schuldeischer, en is de verkooper deswege tot vrijwaring verpligt.

Ten aanzien dier vrijwaring zelve zal ook hier, bij gebreke van andere of nadere bepalingen, art. 1532 toepassing moeten vinden. Zoo zal de kooper regt hebben op teruggave van den koopprijs, zoo die reeds betaald is, ook wanneer die prijs hooger was dan het bedrag der inschuld, maar ook dit bedrag niet kunnen vorderen, wanneer de koopprijs lager was. De vrijwaring dient dan ook om den kooper tegen schade te waarborgen, niet om hem een voordeel te verschaffen of een gehoopt voordeel te verzekeren; en in art. 1571 is, ten aanzien der vrijwaring waarvan daar sprake is, uitdrukkelijk gezegd, dat de verkooper slechts aansprakelijk is ten beloope van den koopprijs, dien hij voor de inschuld ontvangen heeft. En men zal ook onder den post voor kosten, schaden en interessen dat meerdere bedrag niet voor winstderving in rekening kunnen brengen; niets toch gaf regt om zoodanige winst te verwachten, en de kooper

toonde ook niet op het volle bedrag te rekenen, toen hij de inschuld wel voor minder wilde overnemen, de verkooper toonde het niet te doen, toen hij haar voor minder wilde afstaan (1).

Tot de vrijwaring waarvan art. 1570 spreekt is de verkooper verpligt, ook zonder belofte daarvan bij den verkoop. Zoo is ook volgens art. 1528 de verkooper in het algemeen van regtswege verpligt den kooper te waarborgen voor de uitwinning enz., hoezeer bij den verkoop geen beding omtrent de vrijwaring gemaakt zij. Intusschen kunnen volgens art. 1529 partijen door bijzondere overeenkomsten of bedingen die door de wet opgelegde verpligting uitbreiden of inkorten, en zelfs overeenkomen dat de kooper tot geene vrijwaring hoegenaamd gehouden zijn zal; en zeker geldt dit ook evenzeer bij koop en verkoop van inschulden enz. Maar zoo zal men dan ook, in geval van uitsluiting van vrijwaring, naar aanleiding van art. 1530 en 1531 mogen aannemen, dat de verkooper evenwel aansprakelijk blijft voor de gevolgen zijner eigene daden, en verpligt is den koopprijs terug te geven, zoo niet de kooper ten tijde van den koop de zaak op eigen bate en schade heeft gekocht of met den waren staat van zaken bekend was (2). En wanneer bij den koop en verkoop eenvoudig en zonder nadere bepaling de verpligting tot vrijwaring is uitgesloten, zal dit in verband gebragt moeten worden met die waarvan art. 1570 spreekt, en niet met die waarvan in art. 1571 en v. sprake is, en die, niet te pas komende zonder bepaald beding, geen beding noodig heeft om te zijn uitgesloten, en daarom ook kwalijk geacht kan worden het onderwerp van zoodanige uitsluiting te zijn (3).

Uit kracht der wet is de verkooper alleen tot vrijwaring ver-

---

(1) Verg. E. DE RAS, *Koop en verkoop van inschulden enz.*, Maastricht 1850, bl. 52—54; DURANTON, XVI, n. 512; TROPLONG, n. 945; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *bis*, bl. 419. Anders LAURENT, XXIV, n. 549.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 511; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *bis*, bl. 419. Zie ook TROPLONG, n. 935 en v.; LAURENT, XXIV, n. 550 en v.

(3) Verg. echter TROPLONG, n. 936.

pligt ter zake van het bestaan der inschuld enz., zoo die verpligting niet is uitgesloten; maar hij kan ook ten gevolge van een beding daartoe gehouden zijn, waar hij dat niet is volgens de wet (1). Bepaaldelijk geldt dit ten aanzien der betaling; de aansprakelijkheid, die te dier zake in het algemeen en van zelf rust op de endossanten van wissels enz., bestaat niet voor den verkooper eener inschuld, maar deze kan zich geldig daarvoor aansprakelijk stellen. En zoo is het ook met betrekking tot de genoegzame gegoedheid van den schuldenaar, zonder welke van dezen geene volledige betaling te wachten is.

Hij die eene inschuld of een ander onligchamelijk regt verkoopt, is volgens de uitdrukkelijke bepaling van art. 1571 niet verantwoordelijk, behoeft dus niet in te staan, voor de genoegzame gegoedheid van den schuldenaar, tenzij hij zich daartoe verbonden hebbe, wat dus ook door de wet erkend en gehandhaafd wordt. Het komt mij voor, dat zoodanige verbindtenis niet opgesloten ligt in eene eenvoudige belofte van vrijwaring zonder nadere bepaling, maar dat eene belofte van dien aard niet verder mag worden uitgestrekt dan art. 1570; zij moge dan eigenlijk niets beteekenen en overbodig zijn, zoodanige bedingen komen wel meer voor in onze contracten, en het is ook om art. 1380 niet voldoende om iemand verantwoordelijk te achten voor iets, waarvoor hij slechts ten gevolge eener belofte verantwoordelijk zijn zal, en waarvoor hij dan toch niet beloofd heeft in te staan (2). Maar al heeft de verkooper ook beloofd te zullen

---

(1) Met het oog hierop pleegt men ook bij ons te spreken van garantie de droit, in tegenstelling van garantie de fait. Maar de aard der vrijwaring is in beide gevallen dezelfde, in het eene is zij niet meer feitelijk, of staat zij niet meer met het regt in verband, dan in het andere. Wil men zoodanige tegenstelling maken, dan komt het mij daarom gepaster voor van wettelijke en van bedongen vrijwaring te spreken; wij gebruiken dan wel eenvoudige Nederlandsche uitdrukkingen, maar deze hebben toch dit voor, dat ze voor ieder duidelijk maken, wat onder de eene in tegenstelling van de andere verstaan moet worden.

(2) Anders dacht ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 368. Zie daarover OPZOOMER, B, VIII, bl. 199, n. 3.

instaan voor genoegzame gegoedheid van den schuldenaar, zoo moet volgens art. 1572 ook die belofte alleen verstaan worden van zijne tegenwoordige gegoedheid, op dat tijdstip, en strekt zij zich niet uit tot de toekomstige, op een later tijdstip, waarop de kooper om betaling komt, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bedongen mogt zijn, en dus zijne belofte zelve zijne verantwoordelijkheid verder uitstrekt. En het is zeker alleszins redelijk, dat, wanneer de kooper goed vindt eerst later betaling te vragen, dit niet ten nadeele van den verkooper zal kunnen komen, zoo deze zich niet bepaaldelijk ook daaraan heeft bloot gesteld (1).

Art. 1572 spreekt geheel algemeen en tevens zeer bepaald, en ik acht het daarom ongeoorloofd, voor het geval eener inschuld met eene tijdsbepaling, of onder eene opschortende voorwaarde, eene eenvoudige verklaring van in te staan voor genoegzame gegoedheid op te vatten, als zag zij op de gegoedheid na het verstrijken van den termijn of de vervulling der voorwaarde (2). Al kan de kooper vroeger geen betaling vorderen, en al kan men zeggen dat het voor hem van weinig belang is, of de schuldenaar al dan niet gegoed is in een tijd waarin hij toch van hem geen betaling vragen kan, dit had misschien tot eene nadere bepaling voor zoodanig geval kunnen leiden, en zeker voor partijen eene reden kunnen zijn voor een afwijkend beding, het kan den uitlegger geen regt geven om af te wijken van de bepaling der wet. En terwijl partijen daarin kunnen voorzien door een bijzonder beding, is er ook volstrekt niets vreemds in, dat de verkooper in zulk een geval ook wel de verdere gegoedheid voor zijne rekening wil nemen van den schuldenaar, die thans genoegzaam gegoed is, en van wien hij vertrouwt dat dit ook wel zoo blijven zal.

Wanneer de verkooper zich voor de genoegzame gegoedheid

---

(1) Verg. POTHIER, n. 560 en v.; TROPLONG, n. 934, 938 en v.; DURANTON, XVI, n. 513 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 338 en v., op art. 1693 en v., n. II en v.; LAURENT, XXIV, n. 560 en v.

(2) Zie DURANTON, XVI, n. 516, wien het zelfs niet twijfelachtig voorkomt. Anders ook DE RAS, bl. 46 en v.

van den schuldenaar verantwoordelijk gesteld heeft, is hij dit volgens art. 1571 slechts ten beloope van den koopprijs, dien hij voor de inschuld ontvangen heeft. En het is zeker niet twijfelachtig, dat hetzelfde ook geldt, als de verkooper zich mede voor de latere gegoedheid van den schuldenaar aansprakelijk heeft gesteld. In beide gevallen komt het niet te pas, dat hij eene grootere hoofdsom zou moeten teruggeven dan hij als koopprijs ontvangen heeft. Intusschen wordt ook door het slot van art. 1571 niet belet, dat de verkooper zich voor een hooger bedrag aansprakelijk kan stellen (1). En wanneer de schuldenaar genoegzaam vermogend is om een gedeelte der schuld, maar niet om ook het overige te betalen, komt ook mij aannemelijk voor, dat de verkooper deswege niet verder zijn verhaal heeft op den verkooper, dan in evenredigheid met den betaalden koopprijs, en de verkooper dus een gelijk evenredig deel van dezen zal moeten teruggeven, als de schuldenaar onbetaald heeft gelaten van het bedrag der inschuld, en niet verpligt is tot meer. Wanneer nu eene inschuld ten bedrage van *f* 2000 verkocht is voor *f* 1200, en de kooper van den schuldenaar niet meer dan *f* 800 heeft kunnen bekomen, twee vijfden dus van het bedrag, dan zal de verkooper niet de volle *f* 1200 moeten teruggeven, die hij als koopprijs ontvangen heeft, waardoor de kooper het volle bedrag van *f* 2000 bekomen zou, maar twee vijfden van den koopprijs en dus *f* 480 (2).

Wanneer de verkooper zich aansprakelijk heeft gesteld voor de genoegzame gegoedheid van den schuldenaar, kan de vraag omtrent het bestaan of het gemis daarvan te pas komen. De zaak kan zeker zeer vereenvoudigd worden door eene nadere bepaling, b.v. dat die gegoedheid geacht zal worden te ontbreken, wanneer de kooper, behoorlijk tot betaling aangemaand, daaraan niet binnen zekeren tijd gevolg heeft gegeven. Bij gebreke van zoodanige bepaling, zal de kooper wel moeten beginnen met al de goederen van den schuldenaar uit te winnen, om zoo van de ongenoegzaamheid zijner gegoedheid te doen blijken,

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 513; TROPLONG, n. 949.
(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 514; TROPLONG, n. 947.

zoo de uitwinning minder dan het noodige bedrag oplevert. Dat hij ook eerst de borgen zou moeten aanspreken, en zijn regt doen gelden op andere goederen die voor de inschuld met hypotheek zijn bezwaard, komt mij niet juist voor, omdat zulks wel de betaling waarborgt, maar vreemd is aan de gegoedheid van den schuldenaar; hij kan dit daarom gevoegelijk aan den verkooper overlaten. Deze moet voorts zelf niet als een borg beschouwd worden, en de bepalingen van art. 1870 en v. zijn hier dus niet toepasselijk. Maar dat de kosten der uitwinning, voor zoo ver ze niet door de opbrengst gedekt zijn, ten laste van den verkooper komen, mag zeker met regt worden aangenomen (1).

Zijnerzijds zal ook de kooper zijne aanspraak tegen den verkooper verliezen, zoo hij, door het ontslaan van borgen of de opheffing van hypotheken, de voor hem en voor den verkooper bestaande zekerheid verminderd heeft, of heeft toegelaten dat de inschuld door verjaring, of de gestelde zekerheid op andere wijze te niet ging. De verkooper, die zich wel niet als borg verbonden, maar enkel voor de gegoedheid van den schuldenaar aansprakelijk gesteld heeft, moet niet door toedoen of schuld van den kooper benadeeld kunnen worden (2). Men zal dat zelfs ook dan mogen aannemen, wanneer de kooper uitstel van betaling verleend, en nagelaten heeft om betaling te vragen, terwijl de schuld opeischbaar en de schuldenaar genoegzaam gegoed was, maar hiermede gewacht heeft totdat die gegoedheid voorbij was of verminderd (3). Zijn regt tegenover den verkooper verjaart overigens door een verloop van dertig jaren, sedert het ontstaan der verbindtenis door den verkoop der inschuld met zoodanig beding (4).

---

(1) Verg. hierbij POTHIER, n. 566; DURANTON, XVI, n. 515; TROPLONG, n. 939, 944, 950; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *bis*, bl. 420; LAURENT, XXIV, n. 562.

(2) Verg. POTHIER, n. 565; TROPLONG, n. 940 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *bis*, bl. 420; LAURENT, XXIV, n. 563.

(3) Verg. TROPLONG, n. 942.

(4) Verg. DURANTON, XVI, n. 517.

Zooveel dat kan, geldt van de „andere onligchamelijke regten" hetzelfde als van inschulden. In art. 1570 en 1576 worden ze dan ook uitdrukkelijk nevens deze vermeld. In het bijzonder wordt nog in art. 1573—1575 van koop en verkoop eener erfenis gehandeld.

Koop en verkoop eener erfenis veronderstelt eene nalatenschap van iemand die overleden is. Over eene erfenis, die nog niet opengevallen is, kan men volgens art. 1370*b* geen beding of eenige overeenkomst aangaan, zelfs niet met toestemming van dengene wiens nalatenschap het geldt. En mogt dat misschien ten gevolge eener dwaling evenwel zijn geschied, dan zou de handeling bij gebreke van een geoorloofd onderwerp nietig zijn, en daardoor ook later geen gevolg kunnen erlangen, wanneer de overleden gewaande persoon, al was het ook nog zoo kort daarna, werkelijk overleed. Natuurlijk is voorts eveneens noodig, dat de verkooper erfgenaam is en bevoegd om over de erfenis te beschikken; een verkoop van deze door een vermeenden erfgenaam, die geen erfgenaam is, kan als zoodanig geen kracht hebben. Hij is dan ook, immers wanneer niet anders is bedongen, volgens art. 1573 tot vrijwaring zijner hoedanigheid van erfgenaam, en in het algemeen ook alleen daarvan gehouden.

Vraagt men, wat bij een koop en verkoop eener erfenis het voorwerp der handeling is, dan hebben wij zeker niet te denken aan een regt van erfgenaamschap, in den zin waarin art. 584 daarvan spreekt als een afzonderlijk zakelijk regt, dat men op zaken hebben kan, maar waarvan ook de wet nergens elders heeft gesproken, en waarvan buiten de wet liever ook niet gesproken moet worden (1). Ook niet de hoedanigheid van erfgenaam; al is deze ook volgens art. 1573 datgene wat de verkooper moet vrijwaren, daaruit volgt niet met noodwendigheid, dat zij ook datgene is wat hij verkoopt en leveren moet, en eene hoedanigheid kan moeijelijk als eene zaak beschouwd, verkocht en geleverd worden. Ook niet de goederen die de erflater heeft nagelaten, die te zamen de nalatenschap uitmaken, die tot haar behooren, die zij bevat. Deze veranderen niet van

(1) Verg. hierboven, VI, bl. 11 en v.

aard, doordien zij met elkander onder één begrip worden zamengevat, en de erfenis en haar verkoop omvatten niet enkel de goederen die de erflater had, maar ook zijne schulden, die zich moeijelijk van de goederen laten afscheiden, doch zeker niet afzonderlijk, en ook kwalijk met die goederen verkocht kunnen worden. Wanneer wij letten op het opschrift der afdeeling waarin art. 1573—1575 voorkomen, dan kunnen wij opmerken dat daarin van eene erfenis geen sprake is. Daar wordt gesproken van koop en verkoop, niet van inschulden en de daar verder aangeduide regten en van eene erfenis, maar alleen van inschulden en die andere regten. En wanneer nu evenwel in die afdeeling ook van koop en verkoop eener erfenis gehandeld wordt, dan is er geloof ik alleszins aanleiding tot de gevolgtrekking, dat de wetgever zich haar heeft voorgesteld als begrepen onder de daar bedoelde regten, persoonlijke en niet tot bepaalde ligchamelijke goederen betrekking hebbende regten. En hiertegen moet geen bezwaar worden afgeleid uit de in art. 1573 veronderstelde mogelijkheid, dat de verkooper stuk voor stuk opgeeft, waarin de erfenis bestaat; de verkoop der erfenis verandert daardoor niet van karakter, alleen zal dan de verkooper niet kunnen volstaan met zijne hoedanigheid van erfgenaam te vrijwaren, maar zal hij ook moeten instaan voor het aanzijn der zaken, die hij zelf als bestanddeelen der erfenis heeft opgegeven. Zoo kan men nu komen tot het besluit, dat een koop en verkoop eener erfenis tot voorwerp heeft een regt. En dit meen ik te kunnen aanduiden als het regt, dat den kooper wordt toegekend, om het erfgenaamschap van den verkooper voor zich uit te oefenen, en alzoo in diens plaats te erven al wat de nalatenschap, waartoe de handeling betrekking had, oplevert, maar ook de schulden en lasten te dragen, die daaraan verbonden zijn.

Van anderen aard is eene handeling, waarbij iemand de regten overdraagt, die hij heeft op de erfenis van een overleden persoon. Hier is geen erfregt verkocht, geen erfgenaamschap beweerd; hier is enkel een erfgenaamschap als mogelijk verondersteld, en misschien zoodanige veronderstelling opgewekt; maar daarom komt dan ook geene vrijwaring daarvan te pas, er is eenvoudig

iets verkocht waarvan het bestaan onzeker is, en daaruit ontstaat ook geene verpligting tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, zoo er bij die handeling geen bedrog is gepleegd (1). Van anderen aard is ook de verkoop van al de goederen, afkomstig van de erfenis van dien persoon, zijnde enz., zoo als verder stuk voor stuk wordt opgegeven. Hier is niet de erfenis het voorwerp van den koop en verkoop, maar zijn dat de opgegeven goederen, met aanduiding van de afkomst en den grond van des verkoopers eigendomsregt (2). Hier zijn daarin alleen goederen, niet ook schulden en lasten begrepen. Hier komt het slechts op die goederen aan, en doet het niet af, of ze wel alle van de erfenis afkomstig, en of ze wel de eenige zijn, die daaruit zijn verkregen. Maar hier moeten dan ook al die goederen door den verkooper aan den kooper geleverd en gevrijwaard worden.

Daarentegen verandert een koop en verkoop eener erfenis niet van karakter, doordien er tevens goederen vermeld zijn die daartoe behooren. En daar er geene grens bepaald is, hoe ver men hierin gaan kan, moet ook hetzelfde worden aangenomen wanneer alle goederen zijn opgenoemd. Daarom is desniettemin de erfenis het wezenlijke voorwerp van den koop en verkoop, de schulden en lasten zoowel als de goederen omvattende. Daarmede zijn nu ook wel die opgenoemde goederen verkocht, maar deze zouden dat eveneens zijn, wanneer ze niet afzonderlijk vermeld waren. Zij behoeven daarom ook evenmin afzonderlijk door den verkooper geleverd te worden als andere, die niet vermeld, maar even goed in den verkoop begrepen zijn. En dat de verkooper wegens de stuk voor stuk genoemde goederen vrijwaring schuldig is (art. 1573), is niet daaraan toe te schrijven, dat zij, nevens de erfenis verkocht, ook nevens de hoedanigheid van erfgenaam gevrijwaard moeten worden, maar daaraan, dat de verkooper den kooper op die goederen heeft laten rekenen, en nu, al staat zijn erfgenaamschap ook buiten

(1) Verg. POTHIER, n. 528; TROPLONG, n. 957 en v.; DURANTON, XVI, n. 520; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 358 *ter*, bl. 420.

(2) Verg. echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 211, n. 4.

twijfel, hem daarom ook het aanzijn dier goederen verzekeren moet.

Ook bij koop en verkoop eener erfenis moet er eene overdragt plaats hebben, om het verkochte op den kooper te doen overgaan. En die overdragt zal moeten geschieden op de wijze, waarop volgens art. 668*a* de levering of overdragt van schuldvorderingen en andere onligchamelijke zaken geschiedt, en dus door middel eener authentieke of onderhandsche akte, waarbij het regt op de erfenis aan een ander wordt overgedragen; en omtrent des verkoopers verpligting om tot die akte mede te werken geldt weder, wat daarover vroeger is gezegd (1).

De wetgever heeft met betrekking tot eene verkochte erfenis geene uitzondering gemaakt op de in het algemeen in art. 1510 den verkooper opgelegde verpligting tot levering in den zin van art. 1511. Maar nergens is ook de wijze bepaald, waarop die levering ten aanzien eener erfenis zou moeten plaats hebben. Vraagt men nu, wat dan naar den aard der zaak, nevens de akte die tot overdragt dient, nog noodig zijn of dienen kan om de erfenis in de magt en het bezit van den kooper over te dragen, dan is daarvoor naar mijn oordeel bij de onbepaaldheid van den inhoud der erfenis niets aan te wijzen. En het komt mij daarom aannemelijk voor, dat hier buiten de akte geene verdere levering van den verkooper gevorderd kan worden, dat alle levering waartoe hij verpligt is hier met de overdragt zamenvalt, en dat, van hoe vreemdsoortigen aard anders de onderwerpen ook mogen zijn, hier dus in zoo ver hetzelfde geldt als bij koop en verkoop van roerende ligchamelijke zaken, papieren aan toonder daaronder begrepen.

Van de verpligting tot vrijwaring is uitdrukkelijk sprake, maar alleen om te kennen te geven dat zij in het algemeen slechts de hoedanigheid van erfgenaam betreft, waarvan dan ook zijn regt op de erfenis, wat het wezen en den omvang aangaat, afhankelijk is, hoe veel of hoe weinig zij dan ook bevat.

De verkooper der erfenis draagt het aan zijn erfgenaamschap verbonden regt over, zoo als het is. Had hij de erfenis reeds

(1) Zie hierboven, bl. 217 en v.

onder het voorregt van boedelbeschrijving aanvaard, dan vervalt daardoor die aanvaarding niet, maar bekomt ook de kooper de regten en de verpligtingen van een beneficiairen erfgenaam. Had hij reeds vóór den verkoop zuiver aanvaard, dan geldt ook de kooper als zuiver erfgenaam. En had er vóór den verkoop nog geene aanvaarding plaats gehad, dan ligt er toch overeenkomstig art. 1094 eene stilzwijgende opgesloten in dien verkoop, waartoe de verkooper immers alleen in zijne hoedanigheid als erfgenaam bevoegd was, en waardoor dus zijne bedoeling om de erfenis te aanvaarden aan den dag werd gelegd. Maar zoodanige stilzwijgende aanvaarding is van zelf eene zuivere, en daarna kan geene beneficiaire meer volgen, noch van den erfgenaam zelven, noch van een ander die in zijne plaats gekomen is. En hoe de verkooper de erfenis aan den kooper zal kunnen overdragen met de bevoegdheid om haar onder het voorregt van boedelbeschrijving te aanvaarden, is mij niet regt duidelijk (1).

De verkoop eener erfenis draagt aan den kooper geen bepaalde zaken over, maar al wat aan den verkooper als erfgenaam toekwam, of zou hebben toegekomen, wanneer hij de erfenis niet had verkocht en daardoor een ander als zoodanig in zijne plaats had laten optreden. En zoo zal ook, wanneer er meer erfgenamen waren, en een van hen de erfenis verworpen heeft, diens erfdeel, dat volgens art. 1105 door regt van aanwas door zijne medeërfgenamen verkregen wordt, zoo er een verkoop heeft plaats gehad, niet aan den oorspronkelijken erfgenaam, maar aan den kooper toekomen, hetzij de verwerping na den verkoop heeft plaats gehad of omgekeerd. Die oorspronkelijke erfgenaam zou daarop alleen als zoodanig aanspraak hebben, maar al het regt, dat hij als zoodanig had, heeft hij aan den kooper overgedragen, en moet daarom aan dezen toekomen, wanneer geene nadere bepaling, bij den verkoop gemaakt, het daaraan heeft onttrokken. Of het aannemelijk voorkomt, dat naar de bedoeling der partijen die verkoop ook den aanwas zou omvatten, moet en mag hierbij de vraag niet zijn; maar zoo het dat wel mogt,

---

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 528; TROPLONG, n. 974; LAURENT, XXIV, n. 568.

zou zeker ook de bepaling van art. 1509 niet wel toelaten anders dan ten nadeele van den verkooper te beslissen, die niet gezorgd heeft voor een duidelijk en ondubbelzinnig beding in zijn voordeel (1).

Ten gevolge van den verkoop krijgt de kooper in het algemeen regt op al wat de erfenis omvat of daartoe behoord heeft. Dat geldt van de onligchamelijke zoowel als van de ligchamelijke zaken. Wat de eerste betreft kan de kooper tegen de schuldenaren optreden, uit kracht van het hem overgedragen regt, ten bewijze waarvan hij zich op de akte van overdragt kan beroepen, terwijl hij ook door eene beteekening van deze, of door eene aanneming of erkenning van den schuldenaar uit te lokken, zich tegen latere betaling aan zijnen verkooper beveiligen kan. Die verkooper behoeft daarbij natuurlijk niet voor de genoegzame gegoedheid van den schuldenaar, maar ook niet voor het bestaan der inschuld in te staan, wanneer hiervan bij den verkoop der erfenis geene melding is gemaakt. De ligchamelijke zaken, onroerende zoowel als roerende, die aan den erfgenaam uit kracht der erfopvolging toebehoorden, behooren nu ten gevolge der overdragt van zijn regt aan den kooper. En gelijk die erfgenaam heeft nu ook de kooper de regtsvordering tot verkrijging der erfenis, waarvan de wet spreekt in art. 881, 'twelk volgens art. 1002*b* ook op testamentaire erfgenamen toepasselijk is, tegen allen die, hetzij onder den titel van erfgenaam of zonder titel, in het bezit zijn van de geheele nalatenschap of van een gedeelte daarvan, en strekkende tot afgifte van hetgeen tot de nalatenschap behoorde (2). En hij heeft zoodanige vordering niet alleen tegen derden, maar ook tegen zijnen verkooper zelven, die niet, immers niet regtstreeks, als zoodanig op grond van art.

---

(1) Verg. DE PINTO, II, § 899, 5e uitg., bl. 603, 6e uitg., bl. 632 en v.; OPZOOMER, B, VIII, bl. 214 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 345, op art. 1696 en v., n. III. Zie echter ook TROPLONG, n. 972; DURANTON, XVI, n. 524; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *ter*, 3°, bl. 421 en n. 2; LAURENT, XXIV, n. 575. In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 380, was ik ook van deze meening.

(2) Verg. hierboven, VIII, bl. 35 en v.

1510 verpligt is in zijne magt en zijn bezit de goederen over te dragen, welke niet het onderwerp van den koop en verkoop waren, maar ten gevolge zijner overdragt verpligt is tot afgifte van al wat hij van de nalatenschap onder zich heeft.

De wet behelst voorts nog enkele bepalingen omtrent de regten en verpligtingen van kooper en verkooper onderling, die niet in verband staan met hunne betrekking als zoodanig, maar veelmeer hare aanleiding daarin vinden, dat deze als erfgenaam regt op de erfenis gehad heeft, en daardoor te haren aanzien iets verrigt of daarvan genoten kan hebben. En zij voegt daarbij, in art. 1574 en 1575 beide, eene uitzondering voor het geval dat uitdrukkelijk anders is bedongen (1), of dat het tegendeel bedongen mogt zijn; omdat met het oog op hetgeen geschied is te dien aanzien al ligt nadere bepalingen kunnen zijn gemaakt, maar ook om aan te duiden, dat te dier zake geene afwijkingen van het door de wet bepaalde mogen worden aangenomen, dan op grond van een bepaald beding van partijen.

Zoo zegt art. 1574, dat de verkooper, indien hij reeds de vruchten van eenig stuk goed genoten, of het beloop van eenige inschuld, tot de erfenis behoorende, ontvangen heeft, verpligt is dat aan den kooper te vergoeden. Het zal daarbij wel onverschillig zijn, of hij dat *reeds* en dus vóór den verkoop der erfenis, dan wel daarna heeft gedaan, terwijl het innen van natuurlijke vruchten, met name ten aanzien van dieren, onwillekeurig kan zijn geschied, en het een zoowel als het ander, ook wanneer het na den verkoop plaats had, in het algemeen niet onnatuurlijk is, en hem niet als eene onregtmatige daad kan worden toegerekend. Wat hij ontving behoort intusschen aan den kooper; hij moet het daarom aan dezen afgeven, of anders vergoeden.

Ditzelfde wordt ook gezegd voor het geval, dat de verkooper eenig goed uit de nalatenschap verkocht heeft. Nu is er wel beweerd, dat hij den koopprijs moet afgeven, zoo hij dien reeds

---

(1) Art. 1593 Wetb. v. 1830 had hiervoor, in overeenstemming met art. 1697 C. N.: ten ware hij zich zulks, bij het aangaan van het koopcontract, uitdrukkelijk mogt hebben voorbehouden, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente.

ontvangen heeft, en anders de vordering afstaan, die hij te dier zake heeft tegen den kooper van het goed (1); maar terwijl het eerste geen bezwaar zal opleveren, wanneer die koopprijs overeenstemt met de waarde van het verkochte, zal het toch ook hiervan afhankelijk zijn, en de verkooper niet met eene overdragt zijner vordering kunnen volstaan, zoo de kooper der erfenis daarmede geen genoegen neemt; de koopprijs van het goed, of de vordering deswege, was niet hetgeen tot de erfenis behoorde en door den erfgenaam als zoodanig verkregen werd. Zonder twijfel was de erfgenaam vóór de overdragt der erfenis bevoegd tot verkoop, maar dit doet niet af voor zijne betrekking tot dengene, aan wien hij later die erfenis verkocht heeft. Er zal bij die gelegenheid al ligt een beding met betrekking tot dien verkoop zijn gemaakt; maar anders is hij volgens art. 1574 tot vergoeding verpligt, tot vergoeding dus van het gemis van het verkochte goed. De kooper kan daarvoor niet den koopprijs vorderen, zoo het goed boven de waarde is verkocht, maar behoeft daarmede ook niet tevreden te zijn, zoo de prijs te laag was gesteld, en hij behoeft geene vergoeding aan te nemen in den vorm eener inschuld ten laste van een derde. Was nu het verkochte intusschen vergaan, wat den kooper daarvan niet vrijstelde van de verpligting tot betaling, dan maakt dit zijn verkoop niet ongedaan, en de kooper der erfenis, die geen regt op vergoeding zou hebben, zoo dat goed vergaan was zonder verkocht te zijn, heeft dat wel nu het verkocht was, al is het daarna ook vergaan (2). Heeft de verkooper der erfenis na hare overdragt onroerend goed, dat tot haar behoorde, aan eenen derde verkocht, zoo verkocht hij onbevoegd eens anders goed, en de kooper der erfenis kan dit van dien derde of van iederen houder opvorderen. Ten aanzien van roerend goed geldt hetzelfde om art. 2014*a* niet, maar zal de verkooper weder tot vergoeding verpligt zijn (3).

---

(1) Zie DURANTON, XVI, n. 522, met wien ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 383, instemde. Zie ook TROPLONG, n. 963.

(2) Verg. DURANTON, TROPLONG, t. a. p.

(3) Verg. TROPLONG, n. 962.

De wet spreekt niet van schenking. Ook tot deze was de erfgenaam vóór den verkoop der erfenis volkomen bevoegd, en hare geldigheid werd door dien verkoop niet opgeheven. Nu kan het zijn, dat hij anders iets van het zijne geschonken zou hebben, en zoo, door er een voorwerp der nalatenschap voor te gebruiken, hiervan een voordeel heeft gehad; dit is echter zeer onzeker, en in allen gevalle doet het niets ter zake. Ook hier is weder alleszins aanleiding tot een beding, waardoor de verkooper zich tegen alle aanspraak wegens de schenking waarborgt. Zonder zoodanig beding zal hij ook moeten vergoeden, wat hij door schenking aan de erfenis onttrokken heeft. Op die onttrekking komt het aan, niet op het voordeel dat hij er al of niet door gehad heeft. En wat van het geval van verkoop is bepaald, moet even goed worden toegepast bij vervreemding om niet, of bij eene andere beschikking over eenig goed (1).

Gelijk de verkooper tot vergoeding verpligt is, wanneer hij het bedrag eener tot de nalatenschap behoorende inschuld geheurd heeft, is hij ook verpligt aan den kooper der erfenis te voldoen, wat hij zelf aan den overledene schuldig was. Al was die schuld volgens art. 1472 van regtswege door schuldvermenging te niet gegaan, deze kan als niet geschied beschouwd worden, sedert hij, die vroeger schuldenaar was, zijn regt op de erfenis aan een ander heeft overgedragen; maar het voordeel, dat hij genoot doordien zijne schuld door schuldvermenging werd opgeheven, zou ook gelijk staan met dat, 'twelk de ontvangst der betaling voor eene inschuld ten laste van een ander voor hem opleverde; het eene zoo min als het andere zou hij kunnen behouden, dan uit kracht van een daaromtrent gemaakt beding. Zoo is ook aan den anderen kant volgens art. 1575, indien niet anders bedongen is, de kooper der erfenis verpligt aan den verkooper te voldoen, wat deze als schuldeischer van de erfenis te vorderen had (2). Maar wat aan den verkooper als erfgenaam

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 214; TROPLONG, n. 967; DURANTON, XVI, n. 522; MARCADÉ, VI, bl. 344 en v., op art. 1696 en v., n. III.

(2) Verg. POTHIER, n. 535, 537; TROPLONG, n. 970 en v.; DURAN-

betaald is, zonder aan de nalatenschap verschuldigd te zijn, behoeft door hem niet aan den kooper te worden afgegeven; hij zal het moeten teruggeven aan dengene die de betaling deed, die het ook alleen van hem en niet van den kooper kan terugvorderen (1).

De verkoop eener erfenis omvat met de goederen ook de schuldén en lasten der nalatenschap. Wel kan, gelijk in het algemeen een schuldenaar zijne schulden niet op een ander kan overdragen (2), ook hij, die als erfgenaam schuldenaar geworden is, dat niet doen en zich losmaken van de schuldeischers, ook niet door een verkoop der erfenis; maar de schulden komen desniettemin ten laste van den kooper, en deze moet ze dragen. Hij kan ze betalen, zonder dat men hem kan afwijzen op grond dat hij de schuldenaar niet is (art. 1418); de schuldeischer, die weet wat er geschied is, kan ook wel in der minne betaling van hem vragen, maar in regten tegen hem optreden en betaling van hem eischen kunnen de schuldeischers naar ons regt niet, waarin ook geene bepaling als die van art. 1166 C. N. voorkomt. De koop en verkoop der erfenis, die buiten hen om plaats had, gaf hun geen regt tegen den kooper. Die handeling ontnam hun ook geen regt tegen den verkooper, en van dezen kunnen zij betaling vorderen der door de erfopvolging op hem overgegane schulden, en eene veroordeeling daartoe en eene geregtelijke tenuitvoerlegging van het vonnis kan hij door geen beroep op den koop en verkoop ontwijken. Maar ten gevolge dier handeling staat hij als partij tegenover den kooper, en heeft hij op dezen zijn verhaal. Volgens art. 1575 is dan ook de kooper van zijnen kant verpligt, aan den verkooper te vergoeden al hetgeen deze wegens de schulden en lasten der nalatenschap mogt hebben betaald. En de bepaling is algemeen, en geldt niet alleen voor hetgeen reeds vóór den verkoop der erfenis betaald was, maar ook voor latere betalingen, hetzij gedwongen

---

TON, XVI, n. 522; ZACHARIAE, I, § 359 *ter*, 5°, bl. 421; MARCADÉ, VI, bl. 345, op art. 1696 en v., n. III.

(1) Verg. POTHIER, n. 538.

(2) Verg. hierboven, X, bl. 55 en v.

of ongedwongen gedaan (1). Mits hetgeen betaald is werkelijk ten laste der erfenis verschuldigd was; anders heeft de kooper er niet mede te maken, al heeft de verkooper ook gemeend eene schuld der nalatenschap te voldoen; hij die betaalde, wat niet verschuldigd was, kan het terugvorderen van dengene aan wien hij het betaalde. En al deed hij dit ten gevolge van een tegen hem gewezen vonnis, men zal met het oog op art. 1954 hieraan bezwaarlijk gezag kunnen toekennen tegenover den kooper der erfenis (2).

Die kooper is voorts volgens art. 1575 eveneens verpligt aan den verkooper datgene te voldoen, wat deze als schuldeischer van den erflater of de erfenis te vorderen had; altijd wanneer het tegendeel niet bedongen was. Ook hier geldt, voor zoo ver er schuldvermenging heeft plaats gehad, wat hierboven gezegd werd omtrent de verpligting van den verkooper tegenover den kooper.

Wat in het algemeen van koop en verkoop eener erfenis geldt, geldt ook waar de verkooper niet de eenige, maar een van meer erfgenamen is, en de handeling alleen zijn erfdeel betrof. Was de scheiding reeds geschied, dan houdt zij ook na den verkoop stand; anders kan ook de kooper boedelscheiding vorderen, en moet hiertoe ook door hem medegewerkt worden. In zoodanig geval kan het zijn, dat de verkooper, reeds bij het leven van den erflater bevoordeeld, tot inbreng verpligt is. Het komt mij voor, dat die verpligting niet op den kooper overging. Rustte zij al op den verkooper als erfgenaam, in zoo ver dat hij, zoo hij de erfenis verworpen had en dus geen erfgenaam was, ook niet behoefde in te brengen (art. 1133), die verpligting vloeide toch niet uit zijn erfregt voort, maar uit zijne vroegere bevoordeeling, die op zich zelf vreemd was aan de erfenis, en vreemd bleef aan den kooper. Nu zullen wel de andere erfgenamen, ook

(1) Verg. POTHIER, n. 540 en v.; TROPLONG, n. 976 en v.; DURANTON, XVI, n. 523; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *ter*, 4°, bl. 421.

(2) Verg. hierbij POTHIER, n. 544; DURANTON, XVI, n. 523; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 359 *ter*, bl. 421 en n. 3.

volgens art. 1125, niet zonder voorafgaande regeling van den inbreng tot de boedelscheiding behoeven over te gaan, en bij die handeling met de verpligting tot inbreng rekening kunnen houden, en deswege van het aandeel van den kooper kunnen afhouden, wat zij ook zouden hebben kunnen afhouden van dat van den erfgenaam, zoo deze zijn erfdeel niet verkocht had. Den kooper zal dat dan weder vergoed moeten worden door den verkooper, even als deze verpligt is aan den kooper der erfenis te voldoen wat hij aan deze schuldig was.

De wet spreekt nog van een bijzonder regt, dat bij een koop en verkoop kan bedongen worden, het zoogenaamde regt van wederinkoop. Zoodanig beding komt vooral te pas, wanneer iemand, voor het oogenblik geld noodig hebbende, daarvoor eenig goed wil verkoopen, waarvan hij echter ongaarne voor altijd afstand wil doen, en hopende binnen een niet al te langen tijd in staat te zullen zijn om den koopprijs met verdere vergoeding terug te geven, daarvoor dat goed wenscht terug te kunnen krijgen. Art. 1555 zegt daarvan: „Het vermogen om het verkochte weder in te koopen, spruit voort uit een beding, waarbij de kooper zich het regt voorbehoudt om het verkochte terug te nemen, tegen teruggave van den oorspronkelijken koopprijs, en de vergoeding waarvan in art. 1568 gesproken wordt."

Men spreekt daarbij van een regt en van een beding van wederinkoop. Ook de wet gebruikt die uitdrukkingen, en spreekt in art. 1555 en 1559 van het vermogen om het verkochte weder in te koopen (1). Die uitdrukkingen zijn echter niet juist, en zouden tot eene verkeerde voorstelling kunnen leiden. Zij kunnen doen denken aan een nieuwen koop en verkoop, waarbij de vroegere verkooper als kooper, de vroegere kooper als verkooper optreedt; maar zoodanige nieuwe overeenkomst komt niet te pas. Wij hebben veelmeer te doen met een regt van wederinlossing of terugneming; gelijk dan ook de wet zelve in art. 1555 spreekt

(1) Zoo spreekt ook art. 1659 C. N. van la faculté de rachat ou de réméré; en beide woorden vinden wij ook in den Franschen tekst van art. 1574 Wetb. v. 1830.

van het regt om het verkochte terug te nemen. Dat regt nu heeft de verkooper bij den verkoop en de overdragt van het goed zich voorbehouden, hij heeft het goed verkocht met voorbehoud van dat regt. Met andere woorden, hij heeft bij zijn verkoop eene ontbindende voorwaarde gesteld, waarvan de vervulling door de teruggave van den koopprijs met verdere vergoeding dien verkoop en zijne werking opheft, en de zaken in den vorigen stand terugbrengt, zoodat het verkochte weer zijn goed wordt (1).

Het beding, 'twelk de grond zal zijn van het bedoelde regt, moet dan ook bij den verkoop gemaakt zijn, een bestanddeel van die overeenkomst uitmaken. Dit ligt ook in de bepaling van art. 1555 opgesloten, 'twelk spreekt van een beding, waarbij de verkooper zich het regt voorbehoudt; hij die eenmaal zijn goed zonder zoodanig beding verkocht heeft, kan zich later geen regt daarop meer voorbehouden. Wel zal hij later nog een regt van wederinkoop voor zich kunnen bedingen, maar dit zal dan een werkelijk regt van wederinkoop zijn, verbonden aan eene belofte van verkoop aan de andere zijde, en eene persoonlijke verbindtenis scheppende tusschen den kooper en den verkooper, die, wanneer de laatste zijne belofte niet wil nakomen, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen aanleiding kan geven. Het zal geen regt van terugneming doen ontstaan, geen regt van wederinkoop in den zin der volgens haar opschrift daaraan gewijde afdeeling; en de bepalingen dier afdeeling zullen daarop niet toepasselijk zijn, met name ook niet die van art. 1568*c*, waarbij de belangen van derden zijn betrokken (2).

Het hier bedoelde regt kan bij elken vrijwilligen koop bedongen

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 156 en v.; TROPLONG, n. 693; DURANTON, XVI, n. 390; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 411, n. 2; MARCADÉ, VI, bl. 300 en v., op art. 1659, n. I; LAURENT, XXIV, n. 381.

(2) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 157 en v.; TROPLONG, n. 694; DURANTON, XVI, n. 390; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 411 en n. 3; MARCADÉ, VI, bl. 301 en v., op art. 1659, n. II; LAURENT, XXIV, n. 382.

worden, bepaaldelijk ook tusschen alle partijen. Met zoodanig beding kan b.v. ook door en van een voogd, als vertegenwoordiger van een minderjarige, worden gekocht (1). Al blijkt dit niet uit art. 1558, waar dan toch in algemeene termen de werking van het beding tegen minderjarigen erkend wordt, het wordt ook noch door eenige bepaling, noch door den aard der zaak belet. En al worden er voor eenen verkoop van goederen van minderjarigen formaliteiten gevorderd, die geacht kunnen worden zoodanig beding eenigszins te kunnen bemoeijelijken, een wezenlijk bezwaar leveren zij toch ook daartegen niet op.

Het regt kan ook bedongen worden bij koop en verkoop van allerlei zaken, van roerende zoowel als van onroerende. Dit wordt ook naar den C. N. aangenomen, die even als onze wet daaromtrent geene uitsluiting of beperking behelst (2). Bij ons werd echter in het ontwerp aan art. 61 (ons art. 1555) een tweede lid toegevoegd, luidende: Dit beding kan alleen ten opzigte van onroerende goederen plaats grijpen; en die bepaling vinden wij ook in art. 1574*b* Wetb. van 1830. Op eene vraag naar de reden daarvan had de Regering geantwoord: omdat roerende goederen geen gevolg hebben en dus niet door derden kunnen worden gereclameerd, en ook door BEELAERTS VAN BLOKLAND werd de doelmatigheid dier bepaling verdedigd (3). Maar bij de herziening werd die bepaling weggelaten, niet omdat men haar als overbodig beschouwde, of meende dat de aard der zaak zulks medebragt, maar omdat men het ondoelmatig achtte de bevoegdheid der partijen te beperken, door het verkoopen met het regt van wederinkoop ten aanzien van roerende zaken te verbieden (4). En is nu de werking hiervan meer tot de partijen zelve beperkt, voor deze bestaat zij daarom wel degelijk.

Het regt van wederinkoop mag volgens art. 1556*a* voor geen langeren tijd dan voor vijf jaren worden bedongen, en gelijke

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 707.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 391; LAURENT, XXIV, n. 383.

(3) Zie VOORDUIN, V, bl. 189 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 236 en v., 554, I, bl. 50 en v.

(4) Zie VOORDUIN, V, bl. 191.

bepaling behelst ook art. 1660 C. N. De aard der zaak vordert zoodanige beperking niet, belet zelfs niet dat eerst de gewone verjaring van dertig jaren daaraan een einde zal maken, en vroeger gold dit als regt. Maar in het belang der regtszekerheid en van het maatschappelijk verkeer is zoodanige inkorting ingevoerd (1). Zou een langer termijn voor den verkooper wenschelijk kunnen zijn, deze kan dan toch voor vijf volle jaren het regt voor zich bedingen; ook behoeft men niet juist hem te beschouwen als de partij die bescherming behoeft, gelijk men ook aan het beding niet de gedachte aan een te lagen koopprijs behoeft te verbinden, waardoor trouwens de uitoefening van het regt ook ligt des te eerder mogelijk zou zijn. Er dient ook aan den kooper gedacht te worden, voor wien het grootelijks van belang is, dat de vastheid van zijn regt niet te lang onzeker zal worden gehouden. En voor het maatschappelijk verkeer in het algemeen is het immers ook niet onverschillig, dat de bevoegdheid tot vrije en volkomen beschikking over het verkochte, hetzij dan voor den verkooper of voor den kooper, niet te lang twijfelachtig behoeft te blijven. Eene beperking in den aangenomen geest mag daarom wel aannemelijk geacht worden (2).

De wet voegt er in art. 1556*b* nog bij, dat, wanneer het regt voor een langer tijdvak bedongen is, die tijd tot de gemelde vijf jaren wordt ingekort. Het geheele beding is er dus niet nietig om, maar het wordt slechts erkend voor den termijn, dien ook de wet zelve toelaat. Daarentegen belet niets dat de tijd korter wordt gesteld, en zal het beding dan ook slechts voor den korteren tijd werken. En men mag tevens aannemen, dat, wanneer partijen wel het regt bedongen, maar geen tijd bepaald hebben, het toch voor den wettelijken tijd van vijf jaren zal bestaan (3).

De wet bepaalt niet uitdrukkelijk, van wanneer de termijn

---

(1) Verg. POTHIER, n. 391 en v.; TROPLONG, n. 708 en v.; DURANTON, XVI, n. 393 en v.

(2) Verg. echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 159 en v.

(3) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 161; MALEVILLE, III, bl. 408; DURANTON, XVI, n. 395; TROPLONG, n. 710; LAURENT, XXIV, n. 384.

berekend moet worden. Intusschen wijst zij wel, door te zeggen voor hoe lang het regt bedongen mag worden, op het tijdstip waarop het beding gemaakt, en dus de koop en verkoop aangegaan is, waaraan het verbonden moet zijn, en noch zij zelve noch de aard der zaak doet aan eenig ander tijdstip, met name aan dat der overdragt of der andere levering denken. Maar zij zegt verder in art. 1557, dat het bepaalde tijdvak — en men zal hieronder gelijkelijk hebben te verstaan dat 'twelk geldig bij het beding, en dat wat door de wet bepaald is — naar scherpheid van regten, d. i. streng of stipt (1), moet worden opgevat. En zij laat er verder in art. 1557 op volgen, zeker als nadere verklaring van hegeen daar in den aanhef is gezegd, dat, wanneer de verkooper verzuimt om zijne regtsvordering tot wederinkoop binnen den voorschreven of bepaalden termijn te doen gelden, de kooper onherroepelijk eigenaar van het verkochte blijft. Hieruit volgt, dat dus niets meer behoeft te geschieden om dat gevolg te weeg te brengen, en dat dit ook door geenerlei maatregel kan worden ontgaan.

In art. 1557 is tevens bepaald, dat de gestelde tijd niet door den regter verlengd mag worden; de bevoegdheid om een uitstel te verleenen, die hem door art. 1302*d* in het daar besproken geval en voor het daar aangeduide doel is toegekend, is hem hier dus uitdrukkelijk ontzegd. Al kan men dit overbodig achten, omdat de regter zijne bevoegdheid tot dergelijke handeling slechts aan de wet ontleenen kan, en haar inderdaad niet heeft waar ze hem niet door de wet gegeven is, toch zou ik daarom niet aan die bepaling alle praktische waarde willen ontzeggen en hare opneming als nutteloos afkeuren. Maar wel komt het mij zeker voor, dat men uit de uitdrukkelijke ontzegging dier bevoegdheid aan den regter niet mag afleiden, dat de partijen haar wel bezitten (2). Het een staat met het ander zoo weinig

(1) De Fransche tekst van art. 1576 Wetb. v. 1830 zegt: le terme fixé est de rigueur, even als art. 1661 C. N., waarvoor de vertaling had: de bepaling van den tijd moet strikt worden opgevat.

(2) Zie DE PINTO, II, § 891, 5e uitg., bl. 601, 6e uitg., bl. 630; SCHÜLLER, VERNEDE, op art. 1557 B. W.; DURANTON, XVI, n. 397 en v.; TROPLONG, n. 711.

in verband, dat voor eene zoodanige gevolgtrekking bij tegenstelling alle grond ontbreekt. Dat de belanghebbenden volgens art. 1112 niet alleen kunnen overeenkomen, dat er gedurende een bepaalden tijd geene boedelscheiding zal plaats hebben, maar ook dien tijd telkens weder kunnen verlengen, geeft geen vrijheid om hetzelfde eveneens aan te nemen ten aanzien van een onderwerp van geheel vreemdsoortigen aard, waarvoor de wet zoodanige bevoegdheid niet toekent. En een beding, 'twelk geldig alleen bij het aangaan van den koop en verkoop gemaakt kan worden, kan zeker ook daarom bezwaarlijk zoo maar op zich zelf, en afgescheiden van die overeenkomst, worden verlengd. Wel zullen partijen vóór of na het einde van den termijn een nieuwen kunnen bepalen, binnen welken de verkooper tegen terugbetaling van den prijs enz. het goed terug zal kunnen bekomen, en de kooper zich verbindt het hem op zijn verlangen weer over te doen. Doch daaruit ontstaat geen nieuw of verlengd regt van wederinkoop, in den zin waarin de wet daarvan spreekt, maar enkel eene belofte van verkoop, eene verbindtenis voor partijen onderling, die, wanneer daaraan niet voldaan wordt, voor de eene partij eene verpligting ten gevolge kan hebben tot vergoeding van kosten, schaden en interessen aan de andere, maar op intusschen verkregen regten van derden geen inbreuk maken kan; zoo als wij gezien hebben, dat het gevolg is van een beding van wederinkoop, dat niet bij het aangaan van den koop en verkoop is gemaakt (1). En het gezegde geldt gelijkelijk, hetzij het regt van wederinkoop terstond voor vijf jaren, of eerst voor een korteren tijd is aangegaan, en al zou de verlenging dien ook slechts tot het wettelijk tijdvak aanvullen (2).

Omtrent het tijdvak, waarvoor een regt van wederinkoop bedongen kan worden, zegt art. 1558 nog, dat het loopt ten

---

(1) Zie hierboven, bl. 374.

(2) Verg. ook TEIXEIRA DE MATTOS, bij DE PINTO, t. a. p., n. *b*; OPZOOMER, B, VIII, bl. 161, n. 4; *Regtsgel. Adviezen*, IV, bl. 126 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 302 en v., op art. 1660 en v., n. I; LAURENT, XXIV, n. 385.

nadeele van een ieder, zelfs van minderjarigen. Wij hebben hier dan ook aan geene verjaring, en dus aan geene schorsing daarvan te denken. De bepaling geldt voor hen, te wier aanzien de termijn is begonnen te loopen, maar ook voor hen, die in den loop daarvan voor anderen in de plaats zijn getreden. Zij geldt voorts voor alle, hetzij natuurlijke, hetzij regtspersonen. De wet voegt er nog bij: behoudens hun verhaal op die het aangaat, indien daartoe gronden bestaan. Zij kent hun daardoor, voor het geval dat hun belang is benadeeld doordien de termijn ongebruikt verloopen is, een regt op schadevergoeding toe tegen dengene, die voor dat belang had moeten waken.

De kooper wordt, niettegenstaande het beding, eigenaar van het gekochte goed; even als hij dat anders zou worden, zoodra de daartoe vereischte levering of overdragt heeft plaats gehad. En zoo kon art. 1557 zeggen, dat hij, zoo de verkooper zijn regt niet tijdig doet gelden, onherroepelijk eigenaar blijft. Hierdoor wordt tevens de aard nader aangeduid van zijn regt gedurende den bepaalden termijn. Hij is eigenaar, maar zijn eigendom is herroepelijk. En nu belet niets, dat hij het gekochte, bepaaldelijk als het onroerend goed is, vervreemden kan of bezwaren, met hypotheek of eenig ander regt, zoo als dat ook in art. 1559 en 1568*c* verondersteld wordt, maar het door hem verleende regt zal, zooals ook uit de laatste bepaling blijkt, niet vaster zijn dan het zijne.

De verkooper is dus, zoolang hij aan het beding geen gevolg heeft gegeven, geen eigenaar van het door hem verkochte en geleverde goed. Maar er is toch iets van het zakelijk regt, dat hij als zoodanig had, ten gevolge van zijn voorbehoud bij hem overgebleven, uit kracht waarvan hij, immers van onroerende goederen — ten aanzien van roerende wordt dat door den daarvoor geldenden algemeenen regel van art. 2014*a* belet — onafhankelijk van den wil des koopers weder eigenaar kan worden. Uit kracht van dat teruggehouden regt kan hij het goed niet van elken houder revindiceren of als het zijne opvorderen; doch wel het zich niet alleen door den kooper, maar ook door een ander, die het regtstreeks of middellijk van dezen gekregen heeft, doen teruggeven. Dat regt is meer dan een persoonlijk regt tegenover

hem, met wien hij het koopcontract gesloten heeft (1). Het gaat, wanneer niet uitdrukkelijk anders is bedongen, op de erfgenamen van den verkooper over (2). Het zal ook wel door dezen overgedragen kunnen worden (3); maar daartoe zal hij dan ook dat regt moeten overdragen. Hij kan niet het door hem verkochte goed zelf verkoopen; dit is het zijne niet, maar eens anders goed. Het door hem voorbehouden regt kan, zoolang het niet is uitgeoefend, niet beletten dat dit de juiste toedragt is der zaak (4). De verkoop nu van eens anders goed is volgens art. 1507 nietig, maar kan in allen gevalle niet maar zoo door levering eene overdragt van het goed op den nieuwen kooper ten gevolge hebben, buiten den vroegeren kooper om. En het komt mij evenmin aannemelijk voor, dat die verkoop, niet geldende als verkoop van het goed dat zijn onderwerp heet te zijn, wel zou moeten gelden als overdragt van het regt van wederinkoop, 'twelk niet verkocht, en heel iets anders is dan het verkochte goed zelf (5).

De kooper is, ook waar het regt van wederinkoop bedongen is, de opvolger en regtverkrijgende van den verkooper, en zijn toestand is, zoolang deze van zijn regt geen gebruik maakt, dezelfde als wanneer dat regt niet bestond. Hij treedt volgens art. 1560 in al de regten van zijnen verkooper, en kan dus in het algemeen ook de regten doen gelden, die een gewonen kooper toekomen. Daarop is echter in zoo ver eene uitzondering

---

(1) Volgens POTHIER, n. 387, is het niet un droit que le vendeur ait dans l'héritage — maar slechts un droit par rapport à cet héritage, une créance de cet héritage etc., jus ad rem plutôt que jus in re. TROPLONG, n. 698, brengt het tot de jura personalia in rem scripta. Verg. ook LAURENT, XXIV, n. 392; OPZOOMER, B, VIII, bl. 156, n. 3.

(2) Verg. POTHIER, n. 388 en v.; TROPLONG, n. 700.

(3) Verg. POTHIER, n. 390; TROPLONG, n. 702; DURANTON, XVI, n. 407.

(4) En of men al zegt, dat is qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur, ook die latijnsche spreuk kan de stelling, waarvoor zij wordt aangevoerd, niet vertrouwbaar maken.

(5) Verg. echter TROPLONG, n. 702, 741; DURANTON, XVI, n. 408; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 413 en n. 1 en v.; LAURENT, XXIV, n. 394.

gemaakt, dat, wanneer bij eene verhuring bedongen is, dat door een lateren verkoop van het verhuurde goed de huur zal worden verbroken, volgens art. 1613 hij, die het met een beding van wederinkoop gekocht heeft, geen gebruik kan maken van zijne bevoegdheid om den huurder tot ontruiming van het gehuurde te noodzaken, voordat hij door het verstrijken van den voor den wederinkoop bepaalden termijn onherroepelijk eigenaar is geworden.

De wet voegt er in art. 1560 bij, dat hij zich van de verjaring kan bedienen, zoowel tegen den waren eigenaar, dengene die als eigenaar het goed van hem opvordert, als tegen dengene, die eenig hypothecair of ander regt, van erfdienstbaarheid, van opstal enz., op de verkochte zaak beweert te hebben. De verjaring, onder den verkooper of reeds vroeger begonnen, loopt onder hem voort, zoo er geene stuiting plaats had, en de onvastheid van zijn regt belet hem niet hare werking in te roepen, gelijk hij dat zou hebben kunnen doen, wanneer hij zonder zoodanig beding gekocht had; en hij kan daarom even goed gebruik maken van den vóór zijn bezit verloopen tijd, overeenkomstig art. 1995. En wanneer de verkooper van zijn regt gebruik maakt, kan ook deze zich op de intusschen voltooide verjaring beroepen; en hij behoeft daarvoor niet eens de bepaling van art. 1995 aan te voeren, daar de opheffende werking der vervulde ontbindende voorwaarde de zaken in den staat herstelt, alsof het goed niet verkocht was geweest, en niet tusschen beiden aan een ander had toebehoord (1).

Daar is voorts in art. 1561 nog bepaald, dat de kooper onder beding van wederinkoop tegen de schuldeischers van den verkooper het voorregt van uitwinning kan doen gelden. Die bepaling is overgenomen uit art. 1666 C. N. Nu is er beweerd, dat de wetgever bij die overneming uit het oog verloren schijnt te hebben, dat niet ook bij ons de bepaling geldt van art. 1166 C. N., volgens welke de schuldeischers in het algemeen alle regten en vorderingen van hunnen schuldenaar kunnen doen gelden, en dat, nu dit bij ons het geval niet is, art. 1561 be-

(1) Verg. LAURENT, XXIV, n. 389.

zwaarlijk eenige toepassing zal kunnen vinden (1). Maar ten onregte (2). Zeker komt de bepaling slechts te pas, waar een schuldeischer van den verkooper zijne inschuld tegen dezen wil verhalen op het aldus verkochte goed. Nu kan het zijn dat hij daartoe volkomen geregtigd is, doordien dat goed voor de schuld met hypotheek is bezwaard, maar dat voor diezelfde schuld ook andere goederen van den schuldenaar verbonden zijn, die nog aan dezen toebehooren; en dan is het alleszins redelijk, dat de kooper kan vorderen, dat eerst die andere goederen uitgewonnen zullen worden, gelijk zoo iets ook volgens art. 1244 in het algemeen door een derden bezitter verlangd kan worden. En zoo men nu al zou kunnen zeggen, dat dan art. 1244 voldoende en art. 1561 daarnevens overbodig is, dan mag tevens worden bedacht, dat het goed, al is het ten gevolge van den verkoop op een ander overgegaan, om het daarbij gevoegd beding toch ook aan den verkooper niet geheel vreemd is geworden, en er ook al niet minder aanleiding bestond om te dien aanzien door eene uitdrukkelijke bepaling allen twijfel weg te nemen, dan om dit in art. 1560 te doen met betrekking tot de verjaring. Intusschen mag almede worden opgemerkt, dat art. 1561 in het algemeen van schuldeischers, en niet juist van hypothecaire schuldeischers spreekt, en dat het den kooper tegen hen een regt toekent, zonder dit tot met hypotheek bezwaarde goederen te beperken. Maar al is het zeker, dat dat regt niet toegekend behoefde te worden aan iemand die — en wiens goed — met de schuld niets te maken heeft, waar het goed wel het eigendom van den kooper geworden is,

---

(1) Zie de op naam van LIPMAN staande uitgave van het B. W., bl. 451; DE PINTO, II, § 892, 5e uitg., bl. 601 en v., 6e uitg., bl. 631; SCHÜLLER, VERNEDE, op art. 1561 B. W.

(2) Verg. OPZOOMER, A, III, bl. 121 en v., 2e uitg., II, bl. 153 en v., B, VIII, bl. 168 en v., die de bepaling alleen tegenover hypothecaire schuldeischers toepasselijk schijnt te achten, en op de laatst vermelde plaats, bl. 168, n. 1, ten onregte mij nevens LIPMAN enz. noemt. Zie ook TROPLONG, n. 742 en v.; DURANTON, XVI, n. 412; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412, n. 12; LAURENT, XXIV, n. 390.

maar den verkooper toch nog altijd eenig regt daarop is voorbehouden, was eene uitdrukkelijke erkenning van dat regt tot wegneming van allen twijfel ook in zoodanig geval niet ongepast.

Ten aanzien van roerende zaken doet het bedongen regt van wederinkoop niets te kort aan de kracht der handelingen, waardoor de kooper ze overdraagt of eenig regt daarop afstaat aan een ander. De verkooper kan ze niet terugvorderen van derden, voor wie het bezit als volkomen titel geldt (art. 2014*a*). Het bedongen regt is echter daarom niet krachteloos; de verkooper heeft hierdoor alleen aanspraak tegen zijnen kooper, maar deze is dan toch ook verpligt hem zoo hij het verlangt de zaak terug te geven, en zoo hij zich in de onmogelijkheid heeft gesteld om dit te doen, vergoeding van kosten, schaden en interessen schuldig (art. 1272).

Anders is het met betrekking tot onroerende goederen, en bij de herziening na 1830, waarbij het beding ook ten aanzien van roerende is toegelaten, is de bepaling van art. 1559 dan ook tot onroerende beperkt (1). Ten aanzien van zulke goederen nu, die de kooper niet verkrijgt dan door de overschrijving der akte in de openbare registers, waaruit ieder belangstellende het bestaan van het regt van wederinkoop kennen kan, kan de kooper geen vaster regt overdragen dan hij zelf heeft. Alleen is bij wijze van uitzondering daarop in art. 1568*c* bepaald, dat de verkooper verpligt is de huurovereenkomsten gestand te doen, die de kooper te goeder trouw heeft aangegaan (2). Het zou, ook voor derden, lastig kunnen zijn, wanneer de kooper, die eigenaar is en ligt zal blijven, het goed niet zou kunnen verhuren, wat de verkooper in den bestaanden toestand ook niet zou kunnen, en toch zou dat niet wel mogelijk zijn, wanneer de huurder ieder oogenblik gevaar zou loopen het gehuurde te moeten afstaan aan den verkooper; en wanneer deze van zijn regt gebruik maakt, komt natuurlijk de huur hem toe.

Intusschen is die kracht der huur afhankelijk van de goede

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 192.

(2) Zoo iets is ook erkend ten aanzien van huurcontracten door een vruchtgebruiker gesloten; zie art. 864, in verband met art. 819.

trouw van den kooper die haar heeft aangegaan. Die goede trouw zal ook hier wel niet behoeven bewezen te worden, maar mogen worden aangenomen, wanneer geene bijzondere redenen op het tegendeel wijzen (1); wat het geval zal kunnen zijn, wanneer de huur voor een ongewoon langen tijd is aangegaan, of lang vóór den aanvang harer werking, met beding van vooruitbetaling enz., alles ter beoordeeling van den regter. Daarbij zij nog opgemerkt, dat het hierbij enkel op de goede trouw van den kooper aankomt, niet ook op die van den huurder met wien hij gehandeld heeft, en dat hiertegen niets uit art. 1377 mag worden afgeleid, 'twelk een geheel ander onderwerp betreft.

De verkooper van onroerend goed, die zich het regt van wederinkoop heeft voorbehouden, kan volgens art. 1559 zijn regt ook tegen een tweeden kooper doen gelden, die het goed weer van zijnen kooper gekocht heeft, al ware ook bij de tweede overeenkomst van dat beding geene melding gemaakt. Dit laatste is volkomen redelijk. Het regt, dat de verkooper voor zich bedongen en voorbehouden heeft, moest niet afhankelijk zijn van het vermelden of verzwijgen daarvan door den kooper bij eene overeenkomst, die deze met eenen derde sluit, en die derde kon even onafhankelijk hiervan het bestaan van dat beding, en ten gevolge daarvan de herroepelijkheid van het regt der partij met wie hij handelde, kennen uit de registers waarin hare koopakte is overgeschreven. De verkooper kan zijn regt tegen een tweeden kooper doen gelden, en wij mogen daaruit afleiden, dat hij dat onmiddellijk doen kan, en niet noodig heeft eene vordering tegen zijnen kooper in te stellen, of dezen in het geding te roepen (2). En de tweede kooper zal even goed als de eerste het goed weer aan den verkooper moeten afstaan, en niet volstaan kunnen met in plaats daarvan vergoeding te geven van kosten, schaden en interessen (3). Wij zullen voorts, wat art. 1559 van een

(1) Verg. 589, 2002 B. W.

(2) Verg. POTHIER, n. 295, 298; TROPLONG, n. 728 en v., 732; DURANTON, XVI, n. 405; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412, n. 8; MARCADÉ, VI, bl. 304, op art. 1666.

(3) Verg. TROPLONG, n. 733.

tweeden kooper zegt, eveneens mogen laten gelden, niet alleen van een verderen kooper, maar ook van iemand aan wien het goed is verruild, en van een begiftigde, aan wien het om niet is overgedragen; de reden der wet is dan ook voor die allen dezelfde. En de verkooper, die tegenover een zoodanige van zijn regt gebruik wil maken, zal zijnerzijds ook tegenover dezen tot hetzelfde gehouden zijn, waartoe hij verpligt zijn zou tegenover zijnen kooper, al heeft die ander ook een hoogeren of lageren koopprijs, of eene geheel andere zaak, of niets moeten geven (1).

De kooper, die, niettegenstaande het bedongen regt van wederinkoop, eigenaar is, kan als zoodanig het goed ook met hypotheek bezwaren, of daarop erfdienstbaarheden en andere lasten leggen of regten verleenen, die blijvende kracht zullen hebben wanneer van dat regt geen gebruik wordt gemaakt, maar anders ook even als zijn eigendomsregt zullen vervallen. Ten aanzien van hypotheken is dat in art. 1215 uitdrukkelijk gezegd, ten aanzien van andere regten geldt het eveneens, tenzij ze verleend mogten zijn met medewerking of goedkeuring van den verkooper (2). En met het oog daarop is in het algemeen in art. 1568*c* bepaald: „Wanneer de verkooper, ten gevolge van het beding van wederinkoop, zijn goed terugbekomt, moet hetzelve vrij van alle lasten en hypotheken, door den kooper daarop gelegd, tot hem overgaan." De bepaling is een natuurlijk gevolg van de herroepelijkheid van het regt, uit kracht waarvan die andere regten zijn verleend; en ware het anders, dan zou de kooper in staat zijn het door den verkooper voorbehouden regt, zoo al niet te verijdelen, dan toch daarop inbreuk te maken, en er zijne waarde voor een groot deel aan te ontnemen. Maar de redactie is niet zeer gelukkig. Dat het goed vrij van lasten enz. op den verkooper moet overgaan, zou aanleiding kunnen geven tot de gedachte, dat er gezorgd moet worden dat hij het aldus terug zal bekomen; maar er is geene nieuwe handeling van den kooper noodig om hem het goed terug te doen

---

(1) Verg. POTHIER, n. 425; TROPLONG, n. 731; DURANTON, XVI, n. 405.

(2) Verg. MARCADÉ, VI, bl. 301, op art. 1659, n. II.

krijgen, en het genot der bepaling zou ook vrij twijfelachtig zijn, zoo het hem door dien kooper verschaft moest worden. De bedoeling is, dat het goed van zelf vrij is van de hypotheken, lasten enz. Art. 1673 C. N. zegt van den verkooper, dat il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques etc., en daarvan heeft onze wetgever niet willen afwijken; hij heeft eenvoudig de minder gelukkige officiële vertaling gevolgd, en dat hij ook dit niet heeft gedaan om bij ons iets anders te laten gelden, blijkt uit den Franschen tekst van art. 1587*c* Wetb. van 1830, die met den C. N. overeenstemde. Niemand zal dus nu tegen den verkooper eenig regt kunnen doen gelden, dat de kooper hem intusschen met betrekking tot het goed heeft verleend, behalve het regt van huur overeenkomstig de bijzondere daaromtrent gemaakte bepaling. En het is, dunkt mij, niet twijfelachtig, dat hetzelfde ook moet gelden van een regt, door een tweeden kooper of door een schenker toegekend (1). En tegen een vonnis, tusschen den kooper en eenen derde gewezen, waarbij aan dezen eenig regt op het goed werd toegekend, zal de verkooper het middel van verzet doór derden kunnen aanwenden (2).

Binnen den bepaalden termijn kan de verkooper, bij gebreke van eenige nadere bepaling deswege, ten allen tijde en zoodra het hem voegt en goed dunkt, zijn regt doen gelden. De wijze waarop dit geschieden moet, is door de wet niet bepaald. Wel is in art. 1557 sprake van eene regtsvordering tot wederinkoop, doch de wet spreekt hier niet van het instellen daarvan, maar van het verzuim om haar te doen gelden. Wel spreekt ook art. 1567*b* van zoodanige regtsvordering, en zegt dat zij voor het geheel kan worden aangelegd tegen den erfgenaam, aan wien het verkochte goed bij de scheiding is te beurt gevallen, maar ook deze bepaling levert geen voldoenden grond op, om juist eene vordering in regten noodig te achten; wat op zich zelf ook zeer ongepast zou zijn, wanneer de onwil van den kooper

(1) Anders echter DE PINTO, II, § 890, 5e uitg., bl. 601, 6e uitg., bl. 630.

(2) Verg. POTHIER, n. 429 en v.; TROPLONG, n. 775, 778; DURANTON, XVI, n. 426, ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412, n. 9.

geene procedure noodig maakt (1). Zeker is er eene handeling noodig, waardoor de verkooper zijn regt doet gelden, maar eene formele goed geconstateerde verklaring, dat hij het goed terugneemt, met bereidverklaring tot de zijnerzijds noodige uitkeering, zal als voldoende beschouwd kunnen worden.

Wat nu aan zijde van den verkooper uitgekeerd moet worden, bepaalt de wet in art. 1568*a*.

In de eerste plaats is hier sprake van teruggave van den geheelen oorspronkelijken koopprijs. Dat hier juist van den geheelen koopprijs gesproken wordt, kan worden opgevat als eene aanduiding, dat de verkooper niet met minder kan volstaan, al mogt het goed ook in waarde verminderd zijn; maar beter doet men misschien met daaraan geene bijzondere bedoeling toe te schrijven. Dat woord „geheele" is eenvoudig overgenomen uit de officiële vertaling, terwijl art. 1673*a* C. N. alleen spreekt van le prix principal, en de Fransche tekst van art. 1587 Wetb. van 1830 hiermede overeenstemt.

Maar de bepaling omtrent den koopprijs geeft nog aanleiding tot eene andere opmerking. Naar den aard der zaak moet bij de ontbinding van den koop en verkoop de koopprijs teruggegeven worden, en dus in het algemeen, en bij gebreke eener andere bepaling, de som waarvoor het goed is verkocht; maar kunnen partijen bij hare overeenkomst ook bepalen, dat de verkooper, zoo hij van zijn regt van wederinkoop gebruik wil maken, een ander, met name een hooger bedrag zal moeten teruggeven? Over deze vraag wordt ook naar den C. N. verschillend gedacht (2). Het komt mij voor, dat de aard der zaak haar niet beslist. Dat wij hier met eene aan het koopcontract verbonden ontbindende voorwaarde te doen hebben, brengt mede dat, zoo de verkooper van zijn regt gebruik maakt, dat contract ontbonden wordt; maar dit kan even goed plaats vinden tegen

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 162, n. 1; LAURENT, XXIV, n. 397.

(2) POTHIER, n. 413 en v., liet afwijking toe. DURANTON, XVI, n. 429; TROPLONG, n. 696; LAURENT, XXIV, n. 401, achten haar ongeoorloofd. Anders ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 411, n. 4.

teruggave van een ander bedrag, als tegen die van den kooprprijs, gelijk het ook zou kunnen geschieden, b.v. met vrijstelling van den verkooper van de verpligting tot vergoeding der op den koop en de levering gevallen kosten (1). Zoo de toelating van een beding, 'twelk teruggave vordert van een hoogeren prijs, misbruiken mogelijk zou kunnen maken ten nadeele van den kooper, zou dit voor den wetgever eene aanleiding kunnen zijn tot beperking van de vrijheid der partijen, het geeft den uitlegger geen vrijheid tot zoodanige beperking, die de wet niet kent; en er is ook geene reden, om bij een verkoop met beding van een regt van wederinkoop bij voorkeur aan misbruiken en aan verschalking te denken. En dat de wet als regel stelt teruggave van den koopprijs, belet op zich zelf niet, dat partijen de verpligting te dien aanzien kunnen wijzigen, wanneer de wet dit niet verbiedt of hare bepaling het niet uitsluit. Wat nu dit laatste betreft, de C. N. spreekt èn in art. 1659 èn in art. 1673*a* van le prix *principal*, doch dit laatste woord kan wel doen denken aan eene tegenstelling met de vergoeding waarvan verder sprake is, het behelst niets, waardoor de koopprijs nader bepaald of eene afwijking daarvan uitgesloten wordt; het had in zoo ver gevoegelijk weggelaten kunnen worden, en in de officiële vertaling werd het ook niet teruggegeven, deze sprak in art. 1659 een-

---

(1) Anders echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 157 en v.; LAURENT, XXIV, n. 401. Deze zegt, dat de ontbindende voorwaarde remet les choses au même état que s'il n'avait pas eu de contrat. Or, si le vendeur reçoit 10,000 francs, et s'il doit en restituer 12,000, peut-on dire qu'il soit dans la situation où il était avant d'avoir traité? Non, car il ne *rembourse* pas seulement ce qu'il a reçu, il *débourse* 2,000 francs, qu'il n'aurait pas déboursés s'il n'y avait pas eu de vente. Ce n'est donc pas là une résolution. — Dit kan misschien afdoende schijnen, maar is het wel meer dan schijn? Is het mogelijk, b.v. na vier jaren alles ongedaan te maken, zoodat het zijn zal alsof er geen koopcontract gesloten, de verkooper in het bezit van het goed gebleven, geen koopprijs betaald was enz.? En als dat niet mogelijk is, zullen we dan zeggen: dus is er geene ontbinding? En zullen we zoo voortgaande de ontbindende voorwaarde, en misschien den geheelen verkoop met regt van wederinkoop kunnen ontkennen?

voudig van den koopprijs, in art. 1673 van den geheelen koopprijs. Onze wetgever spreekt niet enkel van den koopprijs, zonder bijvoegelijk naamwoord; hij spreekt èn in art. 1555 èn in art. 1568*a* van den oorspronkelijken koopprijs. Nu zou men kunnen meenen dat hierdoor de zaak nader bepaald is, maar inderdaad is dit het geval niet. De koopprijs is de prijs waarvoor het goed verkocht is, en ook de oorspronkelijke koopprijs is niets anders, niets minder en niets meer. Had men de vraag, waarvan ik sprak, willen beslissen, dan had men uitdrukkelijk eene afwijking moeten verbieden of krachteloos verklaren, of althans een ander woord gebruiken, waardoor eene afwijking werd uitgesloten. Had men dat gewild, of gemeend het te doen, zoo zou daarop zeker wel, in de memorie van toelichting of anders, de aandacht zijn gevestigd. Maar dat men dat niet gewild of gemeend heeft, blijkt volkomen duidelijk daaruit, dat èn in art. 1574 èn in art. 1587*a* Wetb. van 1830 de eene tekst spreekt van den oorspronkelijken koopprijs, en de andere van le prix principal, en dus de beide woorden als synoniem gebezigd zijn (1).

De verkooper moet volgens art. 1568*a* verder alle regtmatige kosten vergoeden op en ter zake van den koop en de levering gevallen. Art. 1673*a* C. N. spreekt van frais et loyaux coûts de la vente, gelijk ook in art. 1630 C. N., waar over de vrijwaring gehandeld wordt, gesproken is van frais et loyaux coûts du contrat, terwijl de vertaling daarvoor op beide plaatsen had: regtmatige kosten. Onze wetgever, die met afwijking van die vertaling in art. 1532 4° van geregtelijke kosten spreekt, hield zich in art. 1568 aan zijn voorbeeld, terwijl wij in den Franschen tekst van art. 1551 4° en van art. 1587*a* Wetb. van 1830 gelijkelijk lezen van frais et loyaux coûts. Men mag dus aannemen, dat we op beide plaatsen aan hetzelfde te denken hebben, en wel aan wettige, gewettigde, behoorlijke, niet wille-

(1) In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 317, was ik van eene andere meening, maar in mijn *Handboek v. h. Ned. burg. regt*, III, § 177, 13, bl. 151, n. 3, 3e uitg., III, § 25, bl. 258, n. 2, ben ik daarvan reeds afgeweken.

keurige of overdreven kosten (1). Art. 1587 Wetb. van 1830 sprak, even als de C. N., alleen van kosten op den koop en verkoop gevallen; bij de herziening zijn er die der levering bijgevoegd (2). Maar nu zal men niet nog verder mogen gaan en er ook toe brengen de kosten der weghaling (3), die in art. 1512 niet alleen van die der levering onderscheiden, maar zelfs daartegenover gesteld worden. Voor den uitlegger der wet moet naar mijn oordeel de vraag niet zijn, waartoe het begrip van ontbinding van het contract ons kan of zal leiden, maar hoe de wetgever de werking daarvan geregeld heeft.

Art. 1568*a* wil verder nog vergoeding van de noodzakelijke kosten van reparatiën, en die waardoor het verkochte goed in waarde vermeerderd is, ten beloope van deze vermeerdering. Het woord „mitsgaders" geeft aanleiding, om wat er op volgt zamen te vatten als één bestanddeel der verpligting van den verkooper, nevens de twee andere waarvan daar gesproken is. En zoo men al, gelijk men met grond kan, zwarigheid maakt om aan dat woord zoo veel te hechten (4), toch is daartoe nog altijd aanleiding in het onderwerp, de kosten aan het gekochte goed besteed, waarover in het laatste gedeelte van art. 1568*a* gehandeld wordt. Die kosten kunnen zijn van verschillenden aard, en worden door de wet in twee soorten onderscheiden.

Vooreerst spreekt zij van noodzakelijke kosten van reparatiën, réparations nécessaires. Het begrip nu van reparatiën is algemeen, en omvat zoowel wat men onder gewoon onderhoud verstaat, de reparatiën tot onderhoud, waarmede art. 840 den vruchtgebruiker belast, als de grove reparatiën, die het daartegenover stelt en ten laste van den eigenaar brengt. En nu hebben wij met het oog op de wet te vragen, niet naar den aard, den omvang of de kostbaarheid der aangewende repara-

(1) Verg. hierboven, bl. 288.

(2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 194.

(3) Zie OPZOOMER, B, VIII, bl. 180.

(4) Dat woord is namelijk aan de officiële vertaling ontleend; een van gelijke strekking komt in art. 1673 C. N. of den Franschen tekst van art. 1587 Wetb. v. 1830 niet voor.

tiën (1), maar alleen of ze noodzakelijk waren. Vindt men dit wat onbepaald en voor een verschillend oordeel vatbaar, met het andere is dit misschien niet minder het geval; maar wij hebben onze regters, die, gelijk zoo veel, dit zullen moeten, en met het oog op de omstandigheden ook wel zullen kunnen beslissen. En waren de reparatiën noodzakelijk, dan zal de verkooper het volle bedrag daarvan ook moeten vergoeden, wanneer hij van zijn regt van wederinkoop gebruik wil maken.

Daarvan onderscheidt de wet de kosten van die reparatiën, waardoor het verkochte goed in waarde is vermeerderd, maar die nu natuurlijk verondersteld worden niet noodzakelijk te zijn geweest. Deze behoeft de verkooper slechts te vergoeden ten beloope dier vermeerdering der waarde; het is ook redelijk, dat de kooper, die, nu eigenaar zijnde, aan zijn goed te koste kan leggen wat en zooveel als hij wil, den verkooper de uitoefening van zijn regt niet onmogelijk of ondoelmatig kan maken. Maar tot het beloop dier vermeerdering is de verkooper ook tot vergoeding der besteede kosten verpligt, al bedroegen zij ook nog zoo veel meer; niet wanneer de kosten minder bedroegen, wat ook mogelijk is; het geldt altijd een vergoeding van gemaakte kosten (2). Doch anders toch ook tot zoo ver, hoe groot het bedrag daarvan dan ook nog zijn zal; de wet stelt geen grens, en laat ook den uitlegger of den regter niet toe een grens te stellen (3). De zaak is alzoo in algemeene, maar ook bepaalde trekken geregeld door den wetgever, die daarbij rekening heeft gehouden met de regten en belangen der beide partijen. En nu hebben wij niet nog bijzonder te spreken van kosten, tot ver-

---

(1) De wet geeft geen grond om aan te nemen, dat de kooper verpligt is tot gewoon onderhoud, en daarvoor geen regt op vergoeding heeft; zie POTHIER, n. 423; TROPLONG, n. 764; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412, n. 1.

(2) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 183, n. 3, die teregt aanmerking maakte op hetgeen ik had gezegd in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 339.

(3) Zie echter TROPLONG, n. 760; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412, n. 2.

fraaijing van het goed of tot veraangenaming van het gebruik daarvan besteed. Het kan zijn dat deze vallen, maar ook dat ze niet vallen, onder die waarvan de wet in de laatste plaats spreekt; het kan zijn dat het goed daardoor meer waard is geworden, maar ook dat dit het geval niet is. Hiervan laat de wet de verpligting tot vergoeding afhangen, de eigenlijke strekking van hetgeen geschied is kan ook hier buiten aanmerking blijven. Intusschen mag worden opgemerkt, dat ook de kooper geacht kan worden het regt te hebben, aangebragte voorwerpen weg te nemen, zooals de vruchtgebruiker dat volgens art. 827, de huurder volgens art. 1603 kan doen.

De wet spreekt van geen interessen, met name van den koopprijs, zij noemt ze dus niet onder datgene wat de verkooper te geven heeft. En de gevolgtrekking is natuurlijk, dat hij geen interessen schuldig is (1), en dat het daarbij geen onderscheid maakt, of hij ook vruchten genoten heeft of niet; hij heeft dan toch de zaak in zijn bezit en daarvan genot gehad of kunnen hebben.

Zoolang de verkooper niet voldaan heeft aan de hem opgelegde verpligtingen, kan hij, al heeft hij ook reeds zijn regt van wederinkoop doen gelden, volgens art. 1568*b* niet in het bezit van het wederingekochte treden; met andere woorden, de kooper behoeft hem niet in het bezit van het goed te laten treden, dit niet te zijner beschikking te stellen (2). Doet hij het evenwel, zoo verliest hij daardoor natuurlijk zijn regt niet op hetgeen hem toekomt, hij kan dan echter het goed niet terug

---

(1) Voor mij legt werkelijk dat zwijgen meer gewigt in de schaal, dan „het regtsbeginsel der ontbinding", zie OPZOOMER, B, VIII, bl. 191; omdat het naar mijn oordeel vooral aankomt op de wijze, waarop de wetgever dat beginsel gehuldigd en toegepast heeft.

(2) Volgens OPZOOMER, B, VIII, bl. 184, n. 2, had art. 1568*b* wel kunnen wegblijven. Het komt mij echter voor, dat dan ook de zaak zou zijn weggebleven, en de kooper het goed niet onder zich zou kunnen houden. Art. 1514 zou hem zeker niet te stade komen, daar hij geen verkooper is, al pleegt men ook van een regt van wederinkoop te spreken.

eischen, maar heeft enkel eene schuldvordering, waarvoor de gewone regelen gelden, met name ook die van art. 1286.

Maar wanneer de verkooper aan zijne verpligtingen voldaan heeft, is de kooper verpligt het goed te zijner beschikking te stellen. Hij moet het afstaan in den staat waarin het zich bevindt. Dat de verkooper daarmede tevreden moet zijn, wanneer het goed buiten schuld van den kooper in waarde verminderd is, is natuurlijk, hij moet desniettemin den geheelen koopprijs teruggeven, zonder op vergoeding wegens de vermindering aanspraak te kunnen maken. Maar wat in geval eener vermindering in waarde, die door verzuim van het noodige onderhoud of op andere wijze veroorzaakt is door toedoen van den kooper? Er wordt beweerd, dat deze daarvoor aansprakelijk is, en dus die schade moet vergoeden, of tegen hetgeen hem toekomt bij wijze van vergelijking laten toerekenen (1), maar ik kan de juistheid dier bewering niet toestemmen. Men wijst daarvoor op het beginsel, dat de kooper als een goed huisvader voor het aan hem verkochte en afgeleverde goed moet zorgen; doch dat beginsel is niet alleen hier niet gelijk elders uitdrukkelijk gehuldigd, maar kan ook niet worden aangenomen op grond der algemeene bepaling van art. 1271*a*, omdat deze, althans naar het mij voorkomt, hier niet toepasselijk is. De kooper is eigenaar geworden van het goed, en blijft dat, totdat de verkooper gebruik maakt van zijn regt van wederinkoop; en als eigenaar kan hij met zijn goed handelen zoo als hij verkiest, omdat de wet hem wegens het bestaan van zoodanig regt niet in zijne natuurlijke bevoegdheid heeft beperkt. Voorzeker brengt de eigendom die algemeene bevoegdheid niet onbepaald en in alle gevallen mede; in geval eener verbindtenis om iets te geven is ook de eigenaar verpligt, niet alleen om de zaak te leveren, maar ook om tot aan de levering als een goed huisvader voor haar te zorgen; doch hier bestaat zoodanige verbindtenis niet, en daarom ook

(1) Zie OPZOOMER, B, VIII, bl. 186 en v.; TROPLONG, n. 738, 764 en v.; DURANTON, XVI, n. 423; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412; MARCADÉ, VI, bl. 308, op art. 1673, n. II; LAURENT, XXIV, n. 409.

niet de verpligting die uit haar voortvloeit. Die verbindtenis kan ontstaan; zij zal ontstaan wanneer de verkooper gebruik maakt van zijn regt, maar hierdoor zal zij ook eerst ontstaan, tot zoo lang bestaat zij niet. Zelfs niet voorwaardelijk; zij is enkel mogelijk, meer niet; en daarom kan ook het slot van art. 1300*d*, waar aan een voorwaardelijken schuldeischer een regt wordt toegekend om vergoeding van kosten, schaden en interessen te vorderen van den schuldenaar, door wiens toedoen eene voorwaardelijk verschuldigde zaak in waarde verminderd is, in dezen niet worden aangevoerd (1). Nu moge de wijze, waarop de kooper met het goed omgaat, voor den verkooper nadeelig kunnen zijn, men verlieze niet uit het oog, dat hij tot geen wederinkoop verpligt, maar alleen daartoe bevoegd is, en er eenvoudig van kan afzien, wanneer hij, om welke reden dan ook, beter acht er geen gebruik van te maken. In allen gevalle is zoodanige overweging niet voldoende, om den kooper eene aansprakelijkheid op te leggen, die niet gegrond is in de wet (2). Wanneer de verkooper van zijn regt gebruik heeft gemaakt, bestaat er voor den kooper eene verbindtenis om te geven, geldt voor hem art. 1271*a* en kan daaruit voor hem aansprakelijkheid voortvloeijen, bepaaldelijk ook zoolang hij volgens art. 1568*b* het goed nog niet behoeft af te staan, maar daarom mag dit een en ander niet ook worden aangenomen, voordat die verbindtenis nog bestaat.

Is het goed in waarde vermeerderd, dan komt dit in het algemeen den verkooper ten goede, behoudens zijne verpligting tot vergoeding volgens art. 1568*a*. Dit geldt bepaaldelijk van

---

(1) En daarom is mijne redenering ook niet in strijd met hetgeen ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VII, n. 123 en 124, gezegd heb, waarop door OPZOOMER, bl. 190, n. 1, wordt gewezen.

(2) En al kan men, met OPZOOMER, bl. 190, zeggen: „er is niets vreemds in, dat het bestaan van dien plicht hem bevoegdheden ontneme, die hij bloot als eigenaar de zijne had mogen noemen, hem opleggen wat hij bloot als eigenaar geheel van zich had kunnen afschuiven", — dat iets niet vreemd is, is niet voldoende om het ook als regt te doen gelden, als het in de wet geen grond vindt.

hetgeen door aanwas of andere werking der natuur aan het goed is toegevoegd; het komt ten voordeele van den eigenaar, zou daarom ook aan den kooper blijven, zoo hij onherroepelijk eigenaar was of werd, maar moet ook mede op den verkooper overgaan, wanneer deze, gebruik makende van zijn regt van wederinkoop, weder eigenaar wordt (1). Het geldt ten aanzien van hetgeen aan zijde van den kooper aan het goed is toegevoegd (2), alleen voor zoo ver het niet weer daarvan kan worden afgescheiden. Het geldt ook van den schat, voor zoo ver die toebehoort aan den eigenaar van het goed, waarin hij gevonden is. Hij was voor zoo ver voor den kooper, die, toen hij gevonden werd die eigenaar was, hij zou voor goed voor dien kooper zijn, zoo deze voor goed eigenaar was, maar nu zijn eigendom wordt opgeheven, moet hij met het goed ook datgene teruggeven, wat hij slechts als verbonden aan dien eigendom genoten heeft (3).

De wet spreekt van geen vruchten, en zegt niet, wie daarop regt heeft, en in hoe verre (4). Nu komt het mij vrij zeker voor, dat de kooper regt heeft op de vruchten, die na den koop ontstaan en door hem genoten zijn, en dat hij die voor zich kan behouden en niet behoeft af te geven, gelijk — ik zeg niet omdat, maar gelijk — de verkooper slechts den koopprijs behoeft terug te geven, en niet ook interessen daarvan schuldig is ge-

---

(1) Verg. MALEVILLE, III, bl. 413 en v.; TROPLONG, n. 766; DURANTON, XVI, n. 425; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412; MARCADÉ, VI, bl. 308, op art. 1673, n. II. Anders POTHIER, n. 402.

(2) Verg. POTHIER, n. 403; TROPLONG, n. 768; MARCADÉ, VI, bl. 309, n. II.

(3) Verg. MALEVILLE, t. a. p.; TROPLONG, n. 767; DURANTON, t. a. p.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412, n. 5. Anders POTHIER, n. 404.

(4) Verg. daarover OPZOOMER, B, VIII, bl. 190 en v.; POTHIER, n. 405 en v.; MALEVILLE, III, bl. 414; DURANTON, XVI, n. 424; TROPLONG, n. 769 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 357, bl. 412; MARCADÉ, VI, bl. 309 en v., op art. 1673, n. III; LAURENT, XXIV, n. 408.

durende den tijd van zijn genot. Minder zeker kan geacht worden, wat gelden zal ten aanzien van vruchten, die door den kooper misschien kort na den koop genoten zijn, maar waarvan het ontstaan reeds voor dat hij regt op het goed kreeg begonnen was, en van die welke, naar de voorstelling van art. 556, bij het ophouden van zijn regt een deel van het goed uitmaakten, doch eerst later op zich zelve staande zaken zijn geworden. Wat de eerste betreft, komt het mij voor, dat ze den kooper toekomen, zonder dat deze tot eenige bijzondere vergoeding deswege gehouden is. Zeker legt de wet hem te dien aanzien geene verpligting op, en men kan ook met grond aannemen, dat bij de bepaling van den koopprijs met den toestand van het goed, bepaaldelijk ook met de vruchten die er van te verwachten waren, rekening is gehouden. En met betrekking tot de laatste mag, dunkt mij, aannemelijk geacht worden, dat ze den verkooper toekomen, die ook te dien aanzien het goed zal terugbekomen in den staat, waarin het zich dan bevindt, maar onder verpligting om de kosten te vergoeden, die gemaakt zijn om het in dien staat te brengen, voor zoo ver het daardoor in waarde vermeerderd is. Het komt mij voor, dat het gezegde steun vindt, in het algemeen in hetgeen de wet zegt en wat ze niet zegt, en in het bijzonder ook in de bepaling van 1568*a*.

Ik meen aan het gezegde nog eene algemeene opmerking te moeten toevoegen omtrent iets, waarop ook reeds een paar malen is gewezen. Wij merken in een verkoop met beding van het regt van wederinkoop eene handeling op onder eene ontbindende voorwaarde, waarvan de vervulling in het algemeen volgens art. 1301 de zaken tot den vorigen stand doet terugkeeren, zoodat het zijn zal, alsof er geene verbindtenis, geen verkoop had bestaan. Behelsde de wet nu geene nadere bepalingen, dan hadden wij ons daaraan te houden, en dat beginsel zoo getrouw mogelijk toe te passen bij alle vragen, die zich ten gevolge van zoodanigen verkoop kunnen voordoen. Maar dat is niet de toestand, waarin wij verkeeren. De wet heeft nadere bepalingen gegeven, waardoor zij het beginsel nader heeft ontwikkeld en toegepast, of de toepassing daarvan geregeld. Dit heeft zij bepaaldelijk gedaan door hetgeen art. 1568 omtrent

de regten en verpligtingen van kooper en verkooper inhoudt, waarbij rekening gehouden moet worden met hetgeen zij zegt en hetgeen zij niet zegt. Nu staan wij dus niet enkel voor het beginsel, maar voor de uitwerking die de wet er aan gegeven heeft; en nu mogen wij niet vragen, waartoe het beginsel leidt, maar wat, met het oog op de uitwerking daarvan door de wet, voor ons als regt moet worden aangenomen.

De wet behelst nog eenige bepalingen, die hare toepassing zullen vinden, wanneer aan zijde van den verkooper met beding van het regt van wederinkoop, of van den kooper, niet één enkel persoon staat, maar meer regthebbenden zijn.

De verkooper kan zijn regt ook tegen de erfgenamen van den kooper doen gelden. Maar hij kan dat, zoo er meer zijn, volgens art. 1567*a* tegen ieder hunner niet verder, dan voor zoo veel zijn aandeel betreft. En dit geldt, zoo als er uitdrukkelijk is bijgevoegd, gelijkelijk, wanneer de boedel nog niet gescheiden is, en daarna, wanneer het goed onder de erfgenamen is verdeeld. Maar wanneer de boedel is gescheiden en het goed in zijn geheel aan een der erfgenamen toegescheiden, kan het regt van wederinkoop volgens art. 1567*b* ook voor het geheel tegen dezen uitgeoefend worden, en kan hij dus, te dier zake alleen in regten geroepen zijnde, hiertegen niet aanvoeren, dat hij het goed met anderen heeft geërfd. Trouwens, voor hem geldt ook de bepaling van art. 1129, volgens welke hij geacht wordt onmiddellijk te zijn opgevolgd in het hem toebedeelde goed, en geen der medeërfgenamen geacht zal worden mede regt daarop gehad te hebben. Intusschen zegt de wet, dat de verkooper zijn regt voor het geheel tegen dien erfgenaam kan doen gelden, niet dat hij dat moet doen; de erfgenamen konden door hunne boedelscheiding het regt, dat de verkooper tegen hen te zamen had, niet op één hunner overbrengen, zoodat de anderen daarvan bevrijd werden; de verkooper behoudt dus nog altijd het regt om ieder voor zijn aandeel aan te spreken, wanneer hij meent reden te hebben om aan dien meer omslagtigen weg de voorkeur te geven (1). Men mag voorts aannemen, dat,

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 419; TROPLONG, n. 756 en v.

wanneer het goed niet aan éénen, maar aan meer der erfgenamen te zamen is toebedeeld, de verkooper zich ook tot hen te zamen, en tot ieder hunner voor zijn aandeel wenden kan, met voorbijgang der overigen. Ik zou zwarigheid maken, wat art. 1567*b* zegt, ook toe te passen op een erfgenaam, die zonder boedelscheiding zich het bezit van het goed heeft aangematigd, terwijl de anderen dat gedoogen (1); omdat omtrent dezen hetzelfde niet is bepaald, te zijnen aanzien geene bepaling geldt als die van art. 1129, en hij ook aansprakelijk is tegenover zijne medeërfgenamen en daarvan niet door de daad van den verkooper zou worden ontheven. Maar wel acht ik, hetgeen in art. 1567 omtrent de erfgenamen van den kooper is gezegd, mede toepasselijk, waar meer personen te zamen eenig goed onder beding van een regt van wederinkoop hebben aangekocht (2).

Sterft de verkooper met achterlating van meer erfgenamen, zoo kan volgens art. 1564 ieder van dezen het regt van wederinkoop slechts voor zijn aandeel uitoefenen. Intusschen mag men aannemen, dat, wanneer bij de boedelscheiding door hen aan een hunner dat regt voor het geheel is toegekend, deze het ook voor het geheel zal kunnen uitoefenen, alsof hij alleen en onmiddellijk daarin aan den erflater was opgevolgd (art. 1129), en dat de kooper dan door het goed aan hem af te staan volkomen veilig is, ook tegenover de andere erfgenamen (3).

Wanneer verscheiden personen eenig goed, dat hun met elkander toebehoorde, te zamen en bij ééne overeenkomst verkocht hebben, kan volgens art. 1563 eveneens ieder hunner het regt van wederinkoop slechts doen gelden voor zoo ver zijn aandeel bedroeg. Ook dit zal intusschen zeker niet opgaan, wanneer bij den verkoop aan elk der verkoopers of aan een hunner de bevoegdheid is toegekend, om het te doen gelden voor het geheel. Doch anders kan dus de een den ander niet beperken in de uitoefening van het regt voor zijn aandeel, maar

---

(1) Zie TROPLONG, n. 757.

(2) Verg. DURANTON, XVI, n. 419 en v.; TROPLONG, n. 758.

(3) Verg. DURANTON, XVI, n. 414.

kan dan ook het gevolg daarvan zijn, dat de eene verkooper van zijn regt gebruik maakt, de ander niet, en ten aanzien van dezen de termijn ongebruikt voorbijgaat.

Intusschen heeft de kooper in beide gevallen geen gedeelten van eenig goed, maar dat goed in zijn geheel gekocht, en nu moest niet van hem gevergd kunnen worden, dat hij voor het aandeel van den eenen erfgenaam of verkooper eigenaar zal blijven, voor dat van een ander niet, en dus het goed in gemeenschap met anderen zou moeten aanhouden. Te dien aanzien is ook voor hem gezorgd, en hem is voor de beide gevallen van art. 1563 en 1564 een middel aan de hand gedaan. Hij kan volgens art. 1565 „vorderen, dat alle de mede-verkoopers of mede-erfgenamen worden opgeroepen, ten einde zich onderling nopens den wederinkoop van het geheele goed te verstaan; en indien zij het niet eens worden, zal de eisch tot wederinkoop worden ontzegd." Hij kan dat, wanneer hij het anders mogelijk gevolg wenscht te ontgaan. Hij behoeft daartoe niet zelf de andere regthebbenden er bij te halen; hij kan eenvoudig, wanneer een der erfgenamen of verkoopers zijn regt wil doen gelden, de oproeping der anderen vragen; die dus zal moeten geschieden door dengene die tegen hem optreedt, en waarvan de kosten ook ten laste van dezen, althans niet te zijnen laste komen. Op welke wijze de gezamenlijke regthebbenden het eens worden, of zij voor gemeenschappelijke rekening het goed willen terugnemen, dan of een of meer hunner, voor zich daarvan afziende, aan de overigen overlaten het goed terug te nemen tegen voldoening van al wat voldaan moet worden, moeten zij weten; den kooper is dat onverschillig, zoo hij maar door hunne regeling veilig is tegenover allen. Worden zij het niet eens, dan komt de wederinkoop niet tot stand, voor geen der aandeelen, en behoudt de kooper het goed in zijn geheel; en wanneer ter zake van den wederinkoop eene vordering tegen hem was ingesteld, wordt deze ontzegd. En het gevolg zal wel hetzelfde zijn, wanneer de oproeping niet geschiedt, of daaraan door de opgeroepenen geen gevolg gegeven wordt; en in het laatste geval zal kwalijk eene toepassing van art. 76 W. v. B. R. kunnen plaats vinden, waar de oproeping eenvoudig strekt om zich

onderling over den wederinkoop te verstaan, en geen eisch inhoudt, die zou kunnen worden toegewezen (1).

Geheel anders is het, wanneer eene zaak, aan meer personen toebehoorende, niet door allen te zamen en als één geheel verkocht is, maar ieder hunner voor zich zijn aandeel daarin heeft verkocht. Dan kan volgens art. 1566 ieder hunner het regt van wederinkoop afzonderlijk uitoefenen ten aanzien van het deel dat hem in de zaak toekwam, en de kooper kan dengene, die op deze wijze voor zijn aandeel van dat regt gebruik maakt, niet dwingen om het geheel over te nemen. Hier staan de verschillende verkoopers als zoodanig niet met elkander in betrekking, de kooper heeft geen geheel, maar slechts aandeelen in een geheel gekocht, en hij staat als kooper niet tegenover de verkoopers te zamen, maar tegenover elken verkooper afzonderlijk (2).

De wet behelst voorts nog eene bijzondere bepaling voor het geval dat iemand, onder beding van een regt van wederinkoop voor den verkooper, van dezen een onverdeeld aandeel in een onroerend goed heeft gekocht. Natuurlijk staat hij dan ook aan eene uitoefening van dat regt bloot. Maar wanneer hij vervolgens, na eene tegen hem gerigte regtsvordering tot scheiding en deeling, kooper van het geheel is geworden, waarbij wij gereedelijk denken aan eene toepassing van art. 1122, kan hij volgens art. 1562 „den verkooper verpligten het geheel over te nemen, ingeval deze van het gemelde beding wil gebruik maken"; en kan hij dien verkooper dus stellen voor de keus, om òf van zijn regt van wederinkoop af te zien, òf het uit te strekken tot het geheel, waartoe hij uit kracht van zijn beding niet

(1) Verg. voorts POTHIER, n. 396; TROPLONG, n. 748 en v.; DURANTON, XVI, n. 416; MARCADÉ, VI, bl. 305 en v., op art. 1668 en v., n. I.

(2) Verg. TROPLONG, n. 754 en v.; DURANTON, XVI, n. 417; MARCADÉ, VI, bl. 306, op art. 1668 en v., n. II. DURANTON, n. 418, neemt aan, dat hetzelfde ook geldt, wanneer de eigenaren te zamen de zaak hebben verkocht voor éénen prijs, maar slechts sommigen hunner een regt van wederinkoop bedongen hebben. Maar zal zoo iets voorkomen? En kan het?

bevoegd zou zijn (1), maar dit nu door de vordering van den kooper geworden is. Het is eene bepaling, geheel in 't belang van den kooper gemaakt, die tevens kan dienen tot opheffing van een gemeenschappelijken eigendom in onverdeeldheid, die voor de regthebbenden zelven en voor het maatschappelijk belang weinig wenschelijk geacht mag worden (2). Zij geldt naar haren inhoud, maar zal ook niet verder mogen worden uitgestrekt. De scheiding, of de daartoe dienende verkoop, moet tegen den kooper gevorderd zijn, en dus, wel niet juist tegen zijnen zin, maar toch niet op aandrang van hem, plaats gehad hebben (3).

§ 33.

Van ruiling.

Ruiling is volgens art. 1577 eene overeenkomst, waarbij partijen zich verbinden om aan elkander wederkeerig eene zaak in de plaats van eene andere te geven. Zij is met andere woorden eene overeenkomst, strekkende tot wederzijdsche overdragt eener zaak voor eene andere zaak. Terwijl bij koop en verkoop voor den verkooper de koopprijs de vergoeding is voor de zaak die hij afstaat, en voor den kooper de zaak die hij bekomt de vergoeding voor den prijs dien hij er voor betaalt, is hier voor den een gelijk voor den ander de zaak, die hij ontvangen zal, de vergoeding voor die welke hij moet afgeven. Men kan zeggen, dat de eene zaak de prijs der andere is, wanneer men maar niet denkt aan een prijs, die, gelijk tot het wezen van koop en verkoop behoort, in eene geldsom bestaat. Hierin is juist het wezenlijk onderscheid tusschen koop en verkoop aan

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 173; DURANTON, XVI, n. 413; LAURENT, XXIV, n. 412.

(2) Verg. over die bepaling OPZOOMER, B, VIII, bl. 170 en v.; tegen TROPLONG, n. 744; MARCADÉ, VI, bl. 304, op art. 1667; LAURENT, XXIV, n. 412.

(3) Verg. MALEVILLE, III, bl. 410; TROPLONG, n. 745.

den eenen en ruiling aan den anderen kant gelegen, dat bij genen eene geldsom als koopprijs staat tegenover de verkochte zaak, en bij deze eene zaak tegenover eene andere zaak, die geene van beide in eene geldsom bestaan. En daarmede staat in verband, dat hier ook niet tweeërlei handeling valt te onderscheiden als bij koop en verkoop, maar aan beide zijden ruiling plaats heeft; en dat hier geen kooper en verkooper tegenover elkander staan, maar beide partijen evenzeer met den eenen en met den anderen gelijk gesteld kunnen worden, en overigens eenvoudig tot elkander staan als in ruiling gevende en nemende.

Gelijk wij vroeger hebben opgemerkt, dat eene overeenkomst van koop en verkoop haar karakter als zoodanig niet verliest, al zal de kooper nevens den koopprijs ook eene zaak afstaan (1), zoo zal ook eene ruiling niet ophouden ruiling te zijn, al moet ook eene der partijen bij de door haar beloofde zaak eenig geld toegeven (2), om hierdoor te vergoeden, wat de harerzijds beloofde zaak minder waard is dan de andere. Zoo zal zij ook niet ontaarden, wanneer later wordt overeengekomen, dat de eene partij in plaats der harerzijds verschuldigde zaak een zekere geldsom geven zal; zij wordt dan eenvoudig voor zoo ver door een koop en verkoop opgevolgd. Doch terwijl het geene verandering zal aanbrengen, wanneer nevens de zaken ook hare geschatte waarde wordt vermeld, maar er aan een dubbelen koop en verkoop gedacht zal moeten worden, zoo voor elke zaak een prijs is gesteld, met bepaling dat over en weder in plaats van dezen eene zekere zaak zal worden afgegeven, is voor het bestaan van ruiling noodig, dat volgens en ten gevolge van de overeenkomst partijen werkelijk verpligt zijn tot afgifte der door haar toegezegde zaken (3). En die zaken zelve moeten afgestaan worden; wanneer door beide of door eene der partijen

(1) Zie hierboven, bl. 189.

(2) Verg. TROPLONG, *De l'échange*, n. 5 en v.; DURANTON, XVI, n. 547; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 360, bl. 426; MARCADÉ, VI, bl. 409 en v., op art. 1702 en v., n. II; LAURENT, XXIV, n. 617.

(3) Verg. POTHIER, n. 617; TROPLONG, n. 8 en v.; MARCADÉ, VI, bl. 410, op art. 1702 en v., n. II.

enkel het tijdelijk gebruik eener zaak werd toegezegd, zou er, evenals wanneer over en weder zekere diensten bewezen zullen worden, wel eene geldige overeenkomst zijn, maar eene die, onder geene bijzondere benaming bekend zijnde, enkel aan de algemeene regelen der beide eerste titels van het derde boek onderworpen is (art. 1355*a*), geen ruiling, en niet te behandelen naar de hiervoor gemaakte bepalingen (1).

Bij het wezenlijk onderscheid, dat er tusschen ruiling en koop en verkoop bestaat, is er tevens tusschen beide overeenkomsten eene zeer naauwe verwantschap. Beide strekken tot overdragt eener zaak door de eene partij, die daarvoor òf ook eene zaak òf eene zekere geldsom van de andere in de plaats zal bekomen, en komen dus in zoo ver met elkander overeen. Nu was dan ook na de uitvoerige behandeling van den koop en verkoop in den daaraan gewijden titel, niet nog eens weer eene gelijke noodig van de ruiling. De wetgever, die omtrent deze overeenkomst slechts enkele bepalingen gegeven heeft, kon volstaan met in het algemeen ook daarop de regelen omtrent koop en verkoop toepasselijk te verklaren, gelijk hij dan ook gedaan heeft in art. 1582.

Eene dier weinige bepalingen mag voorts geheel overbodig, en zelfs ook buitendien ongepast genoemd worden; het is die van art. 1578, 'twelk zegt, dat al hetgeen voor verkoop vatbaar is, ook het onderwerp van ruiling kan uitmaken. Wel is er gezegd, dat dit eene bijzondere vermelding vereischte, omdat, wanneer daaromtrent twijfel zoude ontstaan, art. 1577 het geschilpunt niet zou beslissen (2); maar hier is geen geschilpunt, en twijfel, althans redelijke twijfel, kan hier niet ontstaan. Daar komt bij, dat de wet nergens uitdrukkelijk heeft bepaald, wat al en wat niet voor verkoop vatbaar is. En zoo de wetgever daarbij aan eene tegenstelling had willen doen denken van zaken, die in en die buiten den handel zijn, waartoe in-

(1) Verg. OPZOOMER, B, VIII, bl. 227, n. 3; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 360, bl. 426, n. 3.

(2) Zie ASSER, § 764, 1°.

tusschen de redactie geen aanleiding geeft (1), dan zou de bepaling evenmin te pas komen, en ook om art. 1368 evenzeer overbodig zijn. Het is dan ook niet twijfelachtig, dat de zaken niet gelijksoortig behoeven te zijn, maar roerende tegen onroerende, ligchamelijke tegen onligchamelijke verruild kunnen worden enz. (2).

Eene andere dier bepalingen is zeer opmerkelijk om haren inhoud, die voor ruiling geheel iets anders en juist het tegenovergestelde bepaalt van hetgeen voor koop en verkoop geldt, ten aanzien van iets, waaromtrent men anders zou denken dat voor beiden geheel hetzelfde gelden moest. Terwijl volgens art. 1496 de verkochte zaak, wanneer zij in een zeker en bepaald voorwerp bestaat, van het oogenblik van den koop af voor rekening is van den kooper, hoewel de levering nog niet heeft plaats gehad, en wel zoo, dat de verkooper het regt heeft om den prijs te vorderen, al is die zaak ook vergaan en hare levering dus voor goed onmogelijk geworden, zou men, ook geheel in overeenstemming met art. 1582, verwachten, dat in geval van ruiling de zaak, die aan de eene partij is toegezegd, van het oogenblik der ruiling af voor hare rekening is met dat gevolg, dat zij, ook wanneer die zaak vergaat, evenwel de daarvoor door haar toegezegde zaak moet leveren, is dit geenszins het geval. „Indien eene zekere en bepaalde zaak, welke men beloofd had in ruiling te geven, buiten schuld van den eigenaar is verloren gegaan, wordt" volgens art. 1581 „de overeenkomst voor vervallen gehouden"; vervalt dus niet alleen de verpligting voor die partij, maar de geheele overeenkomst met al hare gevolgen, en dus ook de verpligting der andere partij. En zelfs dat niet alleen in dien zin, dat deze niet verpligt is de zaak te leveren, waarvoor zij de haar toegezegde niet in de plaats zal bekomen; maar volgens het slot van art. 1581 „kan degene, die van zijne zijde aan de overeenkomst

---

(1) Evenmin de Fransche tekst van art. 1597 Wetb. v. 1830: Tout ce qui peut être vendu, peut être l'objet d'un échange.

(2) Verg. TROPLONG, n. 4.

voldaan heeft, de teruggave van het in ruiling gegeven goed vorderen."

Het komt mij voor, dat de bepaling omtrent ruiling alleszins redelijk is, en gegrond op eene erkenning van het wezen van wederkeerige overeenkomsten, waarbij de verpligting, die de eene partij op zich neemt, in het naauwste verband staat met, en de reden van haar bestaan vindt in die, welke aan de andere zijde daartegenover staat, en dat daarentegen door hetgeen in art. 1496 omtrent koop is bepaald, wat voor eenzijdige verbindtenissen volkomen past, met miskenning der strekking van wederkeerige tot deze is uitgestrekt; zeker valt tusschen de beide bepalingen eene in het oog vallende inconsequentie op te merken. Hiervoor bestaat in ons regt buiten de wet geen grond. Toen indertijd op die tegenstrijdigheid werd gewezen, en op eene wegneming daarvan aangedrongen, heeft dit wel tot geene verandering geleid, maar werd het bestaande toch ook niet verdedigd noch de juistheid der opmerking bestreden, en schijnt deze eenvoudig onbeantwoord te zijn gebleven (1). De inconsequentie vindt hare verklaring in het Romeinsche regt, waarmede onze beide bepalingen in overeenstemming zijn, en waarin men van de overdrijving, die men ten aanzien van koop en verkoop had begaan, met betrekking tot ruiling was teruggehouden, doordien deze niet met genen op ééne lijn gesteld en als een consensueel contract erkend was, maar beschouwd werd als een verdrag, dat zijne verbindende kracht voor de eene partij eerst moest ontleenen aan de uitvoering, die de andere er aan gegeven had (2).

Met betrekking tot art. 1581 zij nog opgemerkt, dat de wet bepaaldelijk spreekt van het geval, dat de zaak buiten schuld van den eigenaar verloren is gegaan. Met het oog op art. 1273 en 1480 zal men wel mogen aannemen, dat het eveneens noodig is, dat hij niet ten aanzien der levering in gebreke was,

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 197 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 479 en v. ASSER, § 764, 2°, zegt eenvoudig, dat eene gelijke bepaling als voor koop bij ruiling onbillijk zijn zou.

(2) Verg. hierboven, X, bl. 76—82, XI, bl. 199 en v.

toen de zaak verloren ging. Is nu om de eene of de andere reden art. 1581 niet toepasselijk, dan zal de andere partij wel harerzijds tot geene levering verpligt zijn der door haar toegezegde zaak, zonder daarvoor de andere in de plaats te krijgen, maar de overeenkomst is niet als vervallen te beschouwen, en degene, door wiens schuld de zaak verloren is gegaan of die in gebreke was, is aansprakelijk tot vergoeding van kosten, schaden en interessen.

In het algemeen zijn de regelen omtrent koop en verkoop ook op ruiling toepasselijk, art. 1582. Dit geldt ook van art. 1494, en ook deze overeenkomst is voltooid, zoodra partijen het eens zijn geworden over de ruiling van bepaalde zaken, al is daaraan nog door geene van beiden gevolg gegeven. Wel is art. 1703 C. N., 'twelk zegt, dat l'échange s' opère par le seul consentement, de la même manière que la vente, bij ons niet overgenomen; maar wanneer ook de bepaling van art. 1494 overbodig is (1), kan dat niets afdoen. En terwijl het eerste art. van het ontwerp oorspronkelijk, in overeenstemming met art. 1702 C. N., sprak van eene overeenkomst, waarbij partijen aan elkander wederkeerig eene zaak in de plaats van eene andere geven, is dit bij de nieuwe redactie veranderd (2), en de bepaling van art. 1577 met die van art. 1493 in overeenstemming gebragt.

Zoo is ook de bepaling van art. 1507, omtrent koop en verkoop van eens anders zaak, mede toepasselijk op ruiling, die aan zijde van beide partijen, of althans van eene van haar, eens anders goed tot onderwerp had (3). Dit geldt van de nietigheid waarvan daar sprake is, maar ook van de vergoeding van kosten, schaden en interessen, waarvan daar mede wordt gesproken. Het geldt van de bepaling van art. 1507 in haar geheel, maar dan natuurlijk ook naar de beteekenis, die daaraan gehecht moet worden, en den zin waarin zij moet worden opgevat (4).

---

(1) Zie hierboven, bl. 156 en v.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 196 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 244, 566.

(3) Verg. daarover OPZOOMER, B, VIII, bl. 229 en v.

(4) Verg. daarover hierboven, bl. 180—187.

De wet is daarvan dan ook ten aanzien van ruiling niet afgeweken, bepaaldelijk niet in art. 1579 (1). Indien, zoo lezen wij daar, „indien de eene partij de zaak, welke haar in ruiling gegeven wordt (2), reeds ontvangen heeft, en naderhand bewijst dat de andere daarvan geen eigenaar was, kan zij niet genoodzaakt worden tot levering van de zaak, welke zij van haren kant heeft beloofd, doch alleenlijk om die welke zij ontvangen heeft terug te geven." Het komt mij voor, dat zoowel het een als het ander, de uitsluiting der verpligting tot levering en de erkenning van die tot teruggave van het ontvangene, geheel in overeenstemming is met de nietigheid waarvan art. 1507 spreekt. En wat de opmerking betreft, dat de partij, van welke gesproken wordt, slechts niet genoodzaakt kan worden tot levering der harerzijds beloofde zaak, maar dat daarin niet ligt opgesloten, dat zij niet uit eigen beweging tot de levering zou kunnen overgaan en daartegenover voor de zaak, die zij ontving, zoodra die haar door den eigenaar ontnomen wordt, vrijwaring eischen — waarbij zeker verondersteld wordt dat het bewijs, waarvan art. 1579 spreekt, achterwege blijft —, ik kan daaraan niet veel gewigt hechten met het oog op den zin, waarin art. 1507 moet worden opgevat.

Art. 1579 veronderstelt bewijs, dat de andere partij geen eigenaar was van de door haar geleverde zaak. Zoo iemand dat bewijs niet kan of wil leveren, maar toch door eene regtsvordering in zijn bezit gestoord wordt, of gegronde reden heeft om te vreezen daarin gestoord te zullen worden, kan hij, immers zoo geen bijzonder beding zulks belet, ook met een beroep op art. 1552, dat hier volgens art. 1582 almede toepasselijk is, de levering der zijnerzijds toegezegde zaak opschorten, totdat de wederpartij de stoornis heeft doen ophouden, of te dier zake zekerheid heeft gesteld (3).

(1) Verg. TROPLONG, n. 35; DURANTON, XVI, n. 544. Anders echter OPZOOMER, B, VIII, bl. 232 en v. Zie ook LIPMAN, bl. 470.

(2) Na de verandering der oorspronkelijke redactie van art. 1577 had men hier liever moeten spreken van de zaak, welke haar in ruiling is toegezegd.

(3) Verg. TROPLONG, n. 21 en v.

Ruiling strekt, evenals koop en verkoop, tot eigendomsoverdragt; en men mag aannemen, dat partijen over en weder verpligt zijn datgene te verrigten, wat harerzijds noodig is om den overgang van den eigendom der zaak op de andere mogelijk te doen zijn, voor zoo ver de levering in den zin van art. 1511 niet voldoende is om dat gevolg teweeg te brengen, gelijk wij gezien hebben dat ook de verkooper daartoe jegens den kooper verpligt is (1). De verpligting tot die levering of afgifte rust natuurlijk, met al wat daarop betrekking heeft, volgens art. 1582 op elke partij ten' aanzien der door haar toegezegde zaak. En evenzeer die tot vrijwaring, de andere der in art. 1510 den verkooper opgelegde hoofdverpligtingen; en zulks zoowel wat het rustig en vreedzaam bezit der zaak betreft, als met betrekking tot verborgene gebreken.

Met betrekking tot het rustig genot der zaak vinden wij in art. 1580 eene bijzondere bepaling. „Hij die door uitwinning gesteld is uit het bezit der zaak, welke hij in ruiling heeft ontvangen, heeft de keus om van de wederpartij vergoeding van kosten, schaden en interessen, of de teruggave der door hem gegeven zaak te vorderen." Wij vinden hier eene bepaling voor het geval van ruiling, gelijk wij die in art. 1532 vinden voor koop en verkoop; en gelijk daar, wordt ook hier de uitwinning verondersteld het gevolg te zijn eener reeds vóór de overeenkomst bestaande oorzaak. Volgens art. 1532 1° kan dan teruggave van den koopprijs gevorderd worden. Daarvoor komt hier natuurlijk de teruggave der gegeven zaak in de plaats; maar het kan zijn, dat de partij, die haar verruild heeft, haar wel kwijt wilde zijn, en haar liever niet terug verlangt; het is ook mogelijk, dat de zaak intusschen zonder eenig toedoen van de andere partij vergaan of in waarde verminderd is, en zoo kan volgens art. 1580 in plaats van die teruggave ook vergoeding van kosten, schaden en interessen gevorderd worden. En terwijl deze volgens art. 1532 4° ook nog nevens de teruggave van den koopprijs verschuldigd is, moet daartoe hier natuurlijk alle schade en winstderving gebragt worden, welke de partij,

(1) Zie hierboven bl. 215—218.

die de uitwinning ondergaan heeft, daardoor heeft geleden.

Art. 1580 geeft de keus om teruggave of vergoeding te vorderen, en men zou daaruit kunnen afleiden, dat het regt van den uitgewonnene zich tot de eene of de andere bepaalt. Toch mag die gevolgtrekking als ongegrond en onjuist beschouwd worden. Wanneer in geval van koop en verkoop nevens de teruggave van den koopprijs vergoeding van kosten, schaden en interessen gevorderd kan worden, kan er moeijelijk eene reden bestaan, waarom hierop niet eveneens aanspraak zou kunnen worden gemaakt nevens de teruggave der in ruiling gegeven zaak. En het is zeker ook weinig aannemelijk, dat, terwijl in geval van koop en verkoop de uitgewonnen kooper regt heeft op vergoeding der vruchten, die hij aan den eigenaar heeft moeten uitkeeren, op die der kosten, op den eisch tot vrijwaring gevallen en door den oorspronkelijken eischer gemaakt, en op die welke in art. 1532 zijn aangeduid als geregtelijke kosten op den koop en de levering gevallen, voor zoo ver de kooper die heeft betaald, — in geval van ruiling op dat een en ander geen aanspraak gemaakt zou kunnen worden. Art. 1580 dwingt dan ook niet tot zoodanig besluit. Het dient eenvoudig om het gevolg der uitwinning bij ruiling te regelen, omdat, wat deswege voor koop en verkoop in art. 1532 1° is bepaald, daarbij geen toepassing vinden kan. Niet sprekende van hetgeen in art. 1532 2°—4° vermeld is, 'twelk gelijkelijk bij koop en verkoop en bij ruiling te pas kan komen, sluit het dat daardoor voor de laatste niet uit; integendeel kunnen wij ook daarvoor art. 1582 inroepen, 'twelk zegt dat voor het overige de regelen omtrent koop en verkoop ook op ruiling toepasselijk zijn (1). Zoo geeft ook art. 1303 aan dengene, te wiens opzigte de verbindtenis niet is nagekomen, de keus, om òf de andere partij, indien zulks mogelijk is, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken, òf hare ontbinding te vorderen met vergoeding van kosten, schaden en interessen, zonder dat daaruit moet worden afgeleid, dat

(1) Verg. DURANTON, XVI, n. 545; TROPLONG, n. 24; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), I, § 360, bl. 426; LAURENT, XXIV, n. 621. Zie daarover intusschen ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 235, n. 3.

een eisch tot zoodanige vergoeding alleen in verband met eene vordering tot ontbinding ingesteld kan worden (1).

Hij die door uitwinning uit het bezit der in ruiling ontvangen zaak is gesteld, kan van de wederpartij de teruggave der door hem gegeven zaak vorderen. Kan hij haar ook, wanneer zij eene onroerende is, met voorbijgang van die wederpartij, van eenen derde opeischen, aan wien zij door die partij is overgedragen? Die vraag wordt bevestigend beantwoord (2); mij komt dit echter bedenkelijk voor. Hij, die zijn goed bij wijze van ruiling aan een ander heeft overgedragen, hield daardoor op daarvan eigenaar te zijn, en kreeg zijn eigendom niet terug door het enkele feit, dat hij door uitwinning beroofd werd van de zaak die hij er voor in de plaats heeft gekregen; hij kan op grond hiervan geen zakelijk regt op het afgestane goed doen gelden, en alleen zoodanig regt kan voor hem de grond zijn eener vordering tegen een derde (3). Onze wetgever heeft dan ook zoowel de vordering tot teruggave als die tot vergoeding bepaaldelijk tegen de wederpartij toegekend, waarvan in art. 1705 C. N. geen sprake was (4). Maar wanneer zoodanige vordering tegen de wederpartij is toegewezen, wat eene tenietdoening der ruiling of eene erkenning harer nietigheid, op grond dat zij eens anders zaak tot onderwerp had, in zich sluit, dan zal op dien grond bij wien het aangaat geacht moeten worden

(1) Verg. hierboven, X, bl. 291 en v.

(2) Zie TROPLONG, n. 25; DURANTON, XVI, n. 546; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), t. a. p.; MARCADÉ, VI, bl. 413, op art. 1704 en v., n. II.

(3) Zoo lezen wij ook in een rescript van DIOCLETIANUS en MAXIMIANUS, l. 4 C. de rerum permutatione (IV, 64): contra emtorem quidem te nullam habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negas.

(4) Bij ons sprak art. 4 van het ontwerp in den Franschen tekst van le choix de demander des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose contre l'autre partie, terwijl deze nadere bepaling in den Nederlandschen tekst niet voorkwam; maar bij eene nieuwe redactie is deze ook daarin opgenomen, en zijn alzoo beide teksten in overeenstemming gebragt. Zie NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 246 en v., 555, 566; VOORDUIN, V, bl. 197.

den eigendom niet te hebben verloren, en de door hem afgestane onroerende zaak ook van een derden bezitter kunnen opvorderen (1). En wanneer de wederpartij die zaak niet vervreemd, maar met hypotheek bezwaard of een ander regt daarop verleend had, dan zal om dezelfde reden dat regt zijne kracht verliezen, en het goed ook van de wederpartij vrij en onbezwaard tot den ouden eigenaar terugkeeren (2).

De bepalingen omtrent de verpligtingen van den kooper kunnen, voor zoo ver de aard der zaak dat niet belet, gelijk bepaaldelijk met die van art. 1551 omtrent de interessen van den koopprijs het geval is, mede bij ruiling toepasselijk worden geacht. Wij hebben dan ook reeds die van art. 1552 daarbij toegepast.

Ook eene erfenis, eene inschuld of een ander regt kan een voorwerp van ruiling uitmaken, en de bepalingen der laatste afdeeling van den titel van koop en verkoop zullen dan ook daarop toegepast moeten worden.

Een regt, zoo als dat van wederinkoop, waarvan het beding meestal met eene tijdelijke behoefte aan geld in verband zal staan, komt daarom natuurlijk bij ruiling niet evenzeer te pas. Toch is een beding van een gelijk regt ook hierbij volstrekt niet ondenkbaar. En het zal wel niet twijfelachtig zijn, dat overeenkomstig art. 1582 de bepalingen omtrent het regt van wederinkoop dan ook daarop toepasselijk zullen zijn (3).

§ 34.

Van schenking.

Terwijl koop en verkoop strekt tot overdragt eener zaak voor een daarvoor in geld bepaalden koopprijs, en ruiling tot gelijke overdragt, maar voor eene andere zaak, is er nog eene regtshandeling, die eveneens zoodanige overdragt eener zaak tot doel heeft, maar zonder dat daarvoor iets anders in de plaats zal worden

(1) Verg. LAURENT, XXIV, n. 627. Zie echter ook OPZOOMER, B, VIII, bl. 235, n. 2.

(2) Verg. TROPLONG, n. 26.

(3) Verg. DURANTON, XVI, n. 548.

gegeven. En die regtshandeling draagt den naam van schenking.

Elke schenking sluit eene bevoordeeling in van iemand, den begiftigde, en wel eene bevoordeeling, niet alleen door, maar ook ten laste van dengene van wien zij uitgaat, den schenker, doch niet elke zoodanige bevoordeeling is eene schenking. Zij kan met verschillende vermogensregten in betrekking staan, op verschillende wijzen en in verband daarmede in verschillende vormen plaats hebben. Maar al vindt men in het Romeinsche regt de woorden donare en donatio in zoo ruimen zin gebezigd, bij ons is dat met schenking en de daarmede verwante woorden niet het geval, noch in de wet, noch in het spraakgebruik, hetzij in het algemeen, hetzij in dat der regtsgeleerden in het bijzonder. En heeft de opmerking dier ruime opvatting aanleiding gegeven tot de behandeling van het onderwerp, niet in een der bijzondere deelen, maar in het daarvan afgezonderd en daaraan voorafgaand algemeene deel, die bij eene systematische bewerking van het burgerlijk regt plegen te worden onderscheiden (1), de juistheid daarvan mag in het algemeen betwijfeld en ontkend worden (2); en met het oog op ons regt zou eene behandeling der schenking in het algemeene deel niet alleen niet natuurlijk, maar hoogst onnatuurlijk en ongepast zijn, die plaats daarvoor zelfs eene onmogelijke genoemd mogen worden. Intusschen valt omtrent de plaats van behandeling van het onderwerp, die voor een juist inzigt niet onverschillig is, nog het een en ander op te merken.

---

(1) Op het voorbeeld van PUCHTA, en vooral misschien op het gezag of door den invloed van VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, § 142 en v., bl. 1 en v., is dit regel geworden. Het zij voldoende hier nevens ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, § 80 en v., 5e Aufl., München 1865, bl. 107 en v, te noemen UNGER'S, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, § 95 en v., 3e uitg., Leipzig 1868, bl. 189 en v. En die regel werd ook bij ons gevolgd door Mr. I. E. GOUDSMIT, *Pandecten-system*, I, § 68 en v., bl. 166 en v., en Mr. W. MODDERMAN, *Handboek voor het Rom. recht*, I, § 90, bl. 204 en v.

(2) Verg. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, § 365, n. 18, 6e Aufl., Frankf. a. M. 1887, bl. 406 en v.; OPZOOMER, B, IX, bl. 222 en v.

Schenking is eene beschikking, strekkende om iemand te bevoordeelen. Zij heeft dat gemeen met, en is daardoor verwant aan uiterstewils-beschikkingen. De Fransche wetgever kon hierin aanleiding vinden om beide onderwerpen te vereenigen, en in éénen titel, den tweeden van het derde boek, te handelen des donations entre vifs et des testaments. In art. 893 C. N. op den voorgrond stellende, dat on ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, laat hij daarop bepalingen volgen, in art. 894 van de schenking en in art. 895 van het testament, om vervolgens de algemeene voor beide passende regelen zamen te voegen, en de bijzondere, die de eene of de andere in het bijzonder betreffen, afzonderlijk op te geven. En het feit, dat werkelijk omtrent beide onderwerpen gelijke bepalingen konden gemaakt worden, kon althans schijnbaar tot eene aanbeveling dienen van zoodanige behandeling. Intusschen mag ook het groote onderscheid niet uit het oog verloren worden, 'twelk tusschen beide bestaat, en zich voornamelijk daarin openbaart, dat, terwijl de uiterstewilsbeschikkingen bestemd zijn om eerst na het overlijden van den beschikker in werking te treden, de schenking reeds bij het leven van den schenker hare volle kracht heeft, zelfs wanneer daaraan eerst bij of na zijnen dood gevolg zal worden gegeven; en dat, terwijl de eerste eenzijdige handelingen van den beschikker zijn, die geene zamenwerking van den begunstigde veronderstellen, maar nu ook zijn leven lang, onafhankelijk van dezen, naar welgevallen door hem veranderd en herroepen kunnen worden, de laatste — verondersteld dat zij door of voor den begiftigde is aangenomen, wat tot haar wezen als overeenkomst gevorderd wordt — gelijk andere overeenkomsten eene voor partijen verbindende kracht heeft, en niet eenzijdig kan worden herroepen. En let men hierop, dan zal men met grond kunnen zeggen, dat onze wetgever teregt van zijnen voorganger is afgeweken, en beide onderwerpen van elkander heeft afgescheiden (1) en op geheel verschillende plaatsen in een voor beiden afzonderlijk

(1) Dit was ook reeds geschied in het W. N. v. H., en in de latere Ontwerpen van 1816 en 1820.

passend verband behandeld, en dat de Regering evenzeer teregt geen gevolg heeft willen geven aan het door eene der afdeelingen gedane voorstel, om den titel van schenkingen weder met dien van uiterste willen te vereenigen (1). Men behoefde daarom, wat voor beide gelden kon, niet voor beide evenzeer uitvoerig te regelen, maar kon bij de behandeling van het eene onderwerp naar bepalingen omtrent het andere verwijzen of deze toepasselijk verklaren, zooals dan ook in art. 1712 en 1718 is geschied.

Nu was in het W. N. v. H. van donatie of schenking gehandeld in den vijfden titel van het derde boek, gevolgd door een zesden van koop en verkoop en een zevenden van ruiling. Dezelfde orde werd gevolgd, gelijk in het Ontwerp van 1820, tit. 4, tit. 5 en 6 en tit. 7, zoo ook reeds in dat van 1816 (2). Zoo volgden ook in 1824 de aan die onderwerpen gewijde titels in gelijke orde op elkander, en hield in het Staatsblad van 1825 n. 18 den vijfden titel in: van schenkingen, n. 19 den zesden titel: van koop en verkoop, en n. 20 den zevenden titel: van ruiling. Maar nu werd vervolgens in art. 7 der Wet van 16 Mei 1829, Sb. n. 33, bepaald, dat de vijfde titel van het derde boek, handelende van schenkingen, zal worden geplaatst dadelijk na den negenden titel van hetzelfde boek (dien van maatschap of vennootschap), en daardoor de goede en met den aard der zaak overeenstemmende orde verstoord. De titel van schenkingen werd vóór die van koop en verkoop en van ruiling weggenomen, niet om deze vooraf te laten gaan en door genen te laten volgen, waardoor wel is waar niets gewonnen, maar ook niets verloren zou zijn, maar onze titel werd van die waarbij hij behoorde, afgescheurd en naar elders overgebragt, in verband met titels met wier onderwerp het onze niets te maken heeft (3).

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 324; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 904.

(2) Zie VOORDUIN, I, 1, bl. 56.

(3) Er werd indertijd op aangedrongen, dat de titel van schenkingen zou worden overgebragt naar het tweede boek in verband met erfopvolging en uiterste willen, en dat, zoo men hem wilde laten blijven in het derde boek, il conviendrait de le placer immédiatement avant

En men verloor geheel uit het oog de naauwe verwantschap, die er tusschen drie regtshandelingen bestaat, welker gemeenschappelijke strekking is overdragt eener zaak op de aan elke van haar in het bijzonder eigene wijze. Die verwantschap moet intusschen ook na het voorgevallene wel degelijk in het oog gehouden worden, daarin ligt het beste en zekerste middel om de ware strekking en het wezen der schenking te bepalen.

De wet opent den titel met in art. 1703*a* eene bepaling te geven, volgens welke „schenking is eene overeenkomst, waarbij de schenker bij zijn leven, om niet en onherroepelijk eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde die hetzelve aanneemt." Die bepaling geeft aanleiding tot verschillende opmerkingen.

Onze wet noemt schenking eene overeenkomst. Art. 894 C. N. zegt, dat la donation entre vifs est un *acte* par lequel le donateur enz., ofschoon ook daar eene vroegere redactie sprak van un contrat. Maar hoe men ook over de redenen wil denken welke tot die verandering hebben geleid (1), het mag niet onopgemerkt blijven, dat er alleszins reden was om schenking eene handeling of regtshandeling te noemen. Terwijl er toch geen koop bestaat zonder verkoop, geen ruiling zonder zamenwerking van beide partijen, geen bewaargeving zonder bewaarneming, geen leening

---

les titres qui traitent des contrats de bienfaisance, qui sont le dépôt, le mandat et le prêt, en men heeft zich, vreemd genoeg, daardoor laten bewegen om aan het laatste gevolg te geven, zie VOORDUIN, I, 2, bl. 43 en v., 45. Van lastgeving moet hierbij geen sprake meer zijn, sedert deze slechts bij gebreke van een tegenovergesteld beding, maar niet meer noodwendig om niet geschiedt (art. 1831); maar dat schenking om niet plaats heeft, omdat men anders met koop en verkoop of met ruiling te doen zou hebben, en zoo ook bruikleening omdat er anders huur, en bewaargeving omdat er anders huur van diensten of aanneming van werk zijn zou, mag dat — en kan het redelijkerwijze — grond opleveren om aan eenige verwantschap tusschen schenking, bruikleening en bewaargeving te denken? En toch heeft men daarin eene reden meenen te zien, om bij eene opzettelijk daartoe gemaakte wetsbepaling van de vroeger ook door de wet vastgestelde orde af te wijken.

(1) Zie *Conférence du C. C.*, IV, bl. 114 en v.

zonder dat er te leen gegeven en genomen wordt, wordt wel van schenking gesproken, ook waar men alleen denkt en gedacht wil hebben aan eene eenzijdige daad van den schenker, aan datgene wat zijnerzijds tot het tot stand komen eener volkomene schenking verrigt moet worden. En ook de wet zelve spreekt in zoodanigen zin van schenking, met name in art. 1719 en v., en erkent haar als eene handeling, waaraan, zoo ze maar in den vereischten vorm is geschied, regtsgevolgen verbonden zijn. Want al zegt art. 1720*a*, dat geene schenking voor den schenker verbindende is of eenig gevolg hoegenaamd te weeg brengt, dan van den dag waarop zij zal zijn aangenomen, wat volgens het tweede lid alleen geschieden kan gedurende het leven van den schenker, en dan de schenking ten aanzien van dezen slechts van kracht doet zijn van den dag waarop de aanneming aan hem beteekend is, de eenzijdig door den schenker gedane schenking heeft dan toch ten gevolge, dat de begiftigde haar zonder verdere medewerking van den schenker door eene tijdige aanneming ook voor dezen verbindende kan maken. — Doch hare voor beide partijen verbindende kracht bekomt de schenking dus slechts door de overeenstemmende wilsverklaringen van de eene zoowel als van de andere partij; en als noodwendig gewrocht dier zamenwerking kan ook de schenking, even als koop en verkoop of ruiling enz., eene overeenkomst genoemd en door de voor deze geldende regelen beheerscht worden.

Wanneer de schenking van den schenker terstond door den begiftigde is aangenomen, of anders door beide partijen geschied is, wat harerzijds voor het bestaan der overeenkomst verrigt moet worden, is deze tot stand gekomen, al is er nog geen uitvoering aan gegeven. Dat hetgeen daaromtrent met betrekking tot koop en verkoop in art. 1494 geheel noodeloos is gezegd (1), maar omdat het niet noodig was bij de behandeling der ruiling niet is herhaald, ofschoon art. 1703 C. N. er weder uitdrukkelijk van gesproken had (2), is geen reden om er voor schenking aan te twijfelen. Doch in verband daarmede valt iets

(1) Zie hierboven, bl. 156 en v.

(2) Zie hierboven, bl. 406.

anders op te merken. Art. 1703 noemt schenking eene overeenkomst, waarbij de schenker eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde, terwijl ook art. 894 C. N. zegt, dat la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille de la chose donnée. Maar is dit laatste in overeenstemming met het stelsel van den C. N. omtrent eigendomsovergang en met art. 938, waar, op gelijke wijze als in art. 1583 ten aanzien van koop en verkoop, gezegd was dat la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition; — bij ons geldt een ander stelsel en is in art. 1723 uitdrukkelijk gezegd, dat de eigendom der in de schenking begrepen goederen, zelfs wanneer deze behoorlijk is aangenomen, niet door den begiftigde verkregen wordt, dan door middel van de overdragt, gedaan overeenkomstig art. 667, 668 en 671; even als art. 1495 eene gelijke bepaling behelst omtrent koop en verkoop. Wij kunnen nu de bepaling van art. 1703, zoo als zij luidt, niet volhouden, behalve voor de giften van hand tot hand, waarvan art. 1724 spreekt, en waarbij de schenking gepaard gaat met hare uitvoering; wat intusschen volstrekt niet de regel is, of als zoodanig door de wet wordt verondersteld. Wij zullen het daarom met die uitdrukking der wet niet al te naauw moeten nemen. Terwijl art. 1493, in overeenstemming met het ontwerp en met art. 1582 C. N., koop en verkoop noemt eene overeenkomt waarbij de een zich verbindt om eene zaak te leveren en de ander om daarvoor den prijs te betalen, was ruiling, in navolging van art. 1702 C. N., in het ontwerp genoemd eene overeenkomst, waarbij partijen aan elkander wederkeerig eene zaak in de plaats van eene andere geven; maar bij eene nadere redactie was dit veranderd, en daardoor de bepaling van art. 1577 met die van art. 1493 in overeenstemming gebragt (1). Zoo iets had ook met de bepaling van schenking moeten gebeuren, maar dat is niet geschied. Dit neemt intusschen niet weg, dat wij ook haar moeten opvatten in den zin, die met ons stelsel van overdragt in over-

(1) Zie hierboven, bl. 406.

eenstemming is en door art. 1723 wordt gevorderd. En dan kunnen wij in art. 1703 gereedelijk eene verklaring zien, dat schenking is eene overeenkomst strekkende tot eigendomsoverdragt, even als koop en verkoop en ruiling dat zijn; met andere woorden, dat ook zij is een regtstitel van eigendomsovergang, in verband waarmede volgens art. 639 levering eene wijze is waarop eigendom verkregen wordt. En werkelijk is dit het geval, hetzij de schenking plaats heeft bij wijze eener gift van hand tot hand overeenkomstig art. 1724, hetzij de levering geschiedt om uitvoering te geven aan eene vroeger gedane en aangenomen schenking. Wij behoeven geen zwarigheid te maken de schenking ook in het eerste geval eene overeenkomst te noemen, gelijk wij ook niet aarzelen van eene overeenkomst van koop en verkoop te spreken, waar b. v. in den sigarenwinkel alles in eens en misschien zondor woorden afloopt. En wij behoeven daarbij ook van geene verschillende soorten van overeenkomsten te spreken (1); de verschillende werking wordt in het een en het ander geval genoegzaam aangewezen door hetgeen in de werkelijkheid is geschied; de overeenkomst is in beide gevallen eene handeling van partijen, waardoor deze eenig regtsgevolg te weeg brengen.

Art. 1703*a* spreekt van een onherroepelijken afstand. Dat daar het woord „onherroepelijk" gebezigd wordt, kan vreemd geacht worden. Te meer nog, omdat juist de titel van schenkingen eene afdeeling behelst, die van hare herroeping heet te handelen, en deze dus juist te haren aanzien in zekere gevallen schijnt

---

(1) Ik bedoel de tegenstelling van obligatorische en zakelijke overeenkomsten, waarvan o. a. Mr. I. A. FRUIN spreekt, in zijne *Redevoering over het nut der geschiedkundige beoefening van het Fransche regt voor de wetenschappelijke verklaring onzer burgerlijke wetgeving*, Rotterdam 1860, bl. 30 en v., in de *Annales Academici* 1859—1860, waarin de redevoering is opgenomen, bl. 276 en v.; eene tegenstelling, die zeker niet veel tot verduidelijking zal toebrengen, en waartegen ook dit als een bezwaar mag worden aangemerkt, dat de laatste benaming als van zelf leidt tot de gedachte aan eene onderscheiding en aan eene soort van overeenkomsten, in het Romeinsche regt bekend, maar waarmede wij voor ons regt niets te maken hebben.

te worden erkend. Maar ook omdat in die onherroepelijkheid niets bijzonders gelegen is; noch tegenover de overeenkomsten in het algemeen, waaromtrent immers in art. 1374*b* als regel wordt uitgesproken, dat ze, wettiglijk gemaakt zijnde, niet herroepen kunnen worden, dan met wederzijdsch goedvinden enz.; noch ook tegenover andere tot overdragt strekkende overeenkomsten in het bijzonder, die — ruiling zoowel als koop en verkoop — evenzeer onherroepelijk zijn, al is het daarvan niet eveneens gezegd. Dat dit ten aanzien van schenking geschied is, vindt zijne gereede en natuurlijke, en naar het mij voorkomt ook zijne ware verklaring in art. 894 C. N., waar, na de tegenstelling die art. 893 maakt tusschen beschikkingen par donation entre vifs en die par testament, in de bepaling der eerste is gezegd dat le donateur se dépouille irrévocablement de la chose donnée, terwijl volgens art. 895 een testament is un acte — qu'il (le testateur) peut révoquer (1).

Art. 1703*a* spreekt voorts van een afstand door den schenker bij zijn leven. In art. 894 C. N., waar de handeling zelve donation entre vifs genoemd wordt, gelijk ook in ons art. 1703*b* sprake is van schenkingen onder de levenden, staat daarvoor: actuellement. Hiermede werd niet bedoeld, dat aan de schenking dadelijk gevolg gegeven moet worden, en er geen schenking kan bestaan, zonder dat de schenker zich dadelijk van de zaak ontdoet (2). En zoo wordt ook door onze uitdrukking niet te kennen gegeven, dat zulks noodwendig bij het leven van den

(1) Verg. ook OPZOOMER, B, IX, bl. 243 en v. FRUIN, *Red.*, bl. 38—46, *Annal.*, bl. 281—287, vindt dit niet genoeg, volgens hem ligt de ware reden der bijvoeging veel dieper. Hij meent haar te vinden in iets uit de geschiedenis van het Fransche regt van vroegeren tijd, dat mij voorkomt met het woord in onze bepaling niets te maken te hebben. Maar waar de verklaring eener bepaling van onze wet zoo duidelijk in den C. N. te vinden is, haar evenwel dieper te willen zoeken, of — wat niet hetzelfde is — hooger op te willen halen, van iets wat aan ons regt vreemd is, acht ik voor ons niet gepast, maar veeleer bedenkelijk.

(2) De oude regtsregel „donner et retenir ne vaut" was lang verouderd.

schenker geschieden moet, en na diens overlijden niet meer kan worden gevorderd; zelfs niet, dat de uitvoering door geene tijdsbepaling, en althans niet tot na des schenkers overlijden kan worden uitgesteld. Zij sluit enkel in, dat de begiftigde niet eerst na dat overlijden, gelijk ten gevolge eener uiterstewilsbeschikking, maar uit kracht der aangenomen schenking terstond, en dus bij het leven van den schenker, een verkregen regt heeft, 'twelk ook op zijne erfgenamen overgaat, en waarvan de verwezenlijking, zoo zij niet reeds bij het leven der partijen heeft plaats gehad, niet alleen van de erfgenamen der eene, maar even goed door die der andere gevorderd kan worden. Wij hebben bij de bedoelde woorden weder te denken aan eene tegenstelling, niet met andere overeenkomsten in het algemeen, of met die welke tot overdragt strekken in het bijzonder, maar in de eerste plaats met uiterstewils-beschikkingen, doch verder ook met schenkingen, die, van elders bekend, door onze wet niet erkend, maar uitdrukkelijk geweerd en uitgesloten zijn. Daartoe zegt art. 1703*b*, dat de wet geene andere schenkingen erkent, dan schenkingen onder de levenden. Het sluit de bepaaldelijk in het Romeinsche regt bekende donationes mortis causa of schenkingen ter zake des doods uit, die, hetzij met het oog op een bepaald den schenker dreigend levensgevaar, hetzij althans met de gedachte aan diens dood gedaan, daarvan afhankelijk waren, en werkeloos zijn of vervallen zouden, wanneer dat gevaar voorbij dreef, of de schenker niet vóór den begiftigde kwam te sterven (1). Niets belet ook nu, dat men ten voordeele van iemand over iets beschikken kan met gelijk gevolg; maar dan moet het geschieden bij wijze van uiterstewilsbeschikking, in den daarvoor vereischten vorm en met de daaraan verbonden kracht en werking, niet bij wijze van schenking. En zoo het bij wijze van schenking geschied was, zij het met

(1) Verg. o. a. § 1 Inst. de donationibus (II, 7); D. de mortis causa donationibus etc. (39, 6); Cod de donationibus causa mortis (8, 57). MARCIANUS zegt er van in l. 1 D. de m. c. d.: Mortis causa donatio est, cum quis habere magis se vult quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum.

volkomen inachtneming van de daarvoor gevorderde formaliteiten, zoo zou het nietig en als niet geschied zijn, omdat het niet is eene schenking onder de levenden, de eenige die de wet erkent.

Art. 1503*a* spreekt voorts nog van afstand om niet. Hiervan is geen sprake in art. 894 C. N., maar dat kwam ook niet te pas, omdat daar eene bepaling gegeven wordt van schenking, die volgens art. 893 eene der twee wijzen is, waarop men à titre gratuit, om niet, over zijn goed beschikken kan, zoodat dit van zelf bij art. 894 zoowel als bij art. 895 wordt verondersteld. Daaraan laten zich intusschen weder verschillende opmerkingen verbinden.

Vooreerst wordt er door te kennen gegeven, dat voor de geschonkene zaak niets in de plaats gegeven en verkregen wordt. En daardoor onderscheidt zich schenking van andere overeenkomsten, die mede strekken tot overdragt eener zaak, gelijk deze onderling verschillen naar hetgeen van de andere zijde gegeven zal worden, een in geld bepaalde prijs of eene andere zaak. Doch verder ligt daarin ook opgesloten, dat het geschonkene niet gegeven wordt tot voldoening eener bestaande schuld, of tot vervulling eener werkelijke of vermeende verpligting, maar ten gevolge van vrijgevigheid of welwillendheid jegens den begiftigde. Wat ik afgeef omdat ik het schuldig ben, sta ik niet af om niet. Ook waar ik vrijwillig voldoe aan eene natuurlijke verbindtenis in den zin waarin art. 1395*b* die uitdrukking bezigt, om mij te kwijten van eene verpligting, die ik gevoel dat op mij rust, al ben ik mij bewust dat men niets van mij vorderen kan, ontdoe ik mij niet van hetgeen ik afgeef om niet en uit vrijgevigheid, maar om daardoor mij zelven het gevoel van bevrijding en voldoening te verschaffen; niet om den ander iets te doen verkrijgen waarop hij geen regt heeft, maar om mijnentwil. Waar ik iets aan een ander afgeef, wien ik het niet schuldig was, maar die daarvoor mijn schuldenaar wordt, doe ik het niet om niet, maar krijg ik daarvoor eene inschuld in de plaats. Aan den anderen kant kan er wel sprake zijn van afgifte om niet en van schenking, al is er gehandeld met eene nevenbedoeling, hetzij uit dankbaarheid tot vergelding van bewezen diensten of weldaden, hetzij tot opwekking eener

genegenheid, die zich misschien in gunstbewijzen zal openbaren.

Intusschen is voor het begrip van schenking niet noodig, dat de begiftigde voor hetgeen hij bekomt volstrekt niets te verrigten of af te geven zal hebben. Terwijl koop en verkoop zijn karakter behoudt, ook wanneer de kooper nevens den koopprijs ook nog eene zaak moet afstaan (1), en ruiling ruiling blijft, al moet ook bij de zaak die voor de andere gegeven wordt nog eenig geld worden toegegeven (2), verbastert ook eene schenking niet doordien aan den begiftigde eenige verpligting wordt opgelegd. Trouwens, de wet zelve wijst ook daarop, met name in art. 1707; de vraag kan slechts zijn, hoe ver men daarin gaan kan zonder dat de schenking eene handeling wordt van anderen aard, en te dien aanzien zal men ook hier op gelijke wijze tot eene beslissing kunnen komen, als wij omtrent koop en ruiling hebben gezien. In het algemeen hebben wij bij zoodanige opgelegde verpligtingen aan lastbepalingen te denken, die vooral of bepaaldelijk aan handelingen om niet worden toegevoegd, en, zonder het wezen hiervan te verstoren of haren aard te veranderen, eenvoudig van invloed zijn op hare werking (3).

Schenking is dan eene regtshandeling, en in geval van aanneming eene overeenkomst, strekkende tot overdragt van iets om niet. Is dit zoo, dan zal ook daarin wel het ware kenmerk gelegen zijn, waarnaar beoordeeld moet worden, of we met eene schenking te doen hebben, dan wel met eene andere handeling; eene vraag, die vooral te pas kan komen, en vooral van groot praktisch belang kan zijn, met betrekking tot de toepasselijkheid der bepalingen omtrent de bekwaamheid om bij schenking te bevoordeelen of bevoordeeld te worden, omtrent de vormen, bij schenking op straf van nietigheid in acht te nemen, en omtrent de mogelijkheid en de gevolgen eener herroeping of liever eener tenietdoening. Waar de handeling strekt tot overdragt van iets, en wel tot overdragt om niet, daar is schenking, en eene handeling, die niet tot overdragt van iets strekt, kan zeer wel

(1) Zie hierboven, bl. 189.
(2) Zie hierboven, bl. 402.
(3) Verg. daarover hierboven, II, bl. 151 en v.

geldig zijn en regtsgevolgen hebben, maar is geene schenking. En dit kenmerk, ontleend aan het wezen der schenking, wier naauwe verwantschap met koop en verkoop en met ruiling bepaaldelijk daarin uitkomt, moet daarom. ook het ware en volkomen betrouwbaar zijn, en zeker ook te verkiezen boven eenig ander, met name ook boven dat, volgens "twelk schenking zou zijn eene bevoordeeling van den begiftigde ten koste van den schenker, of eene vermeerdering van het vermogen van genen met en door eene vermindering van dat van dezen (1). Eene toetsing van allerlei handelingen aan dat kenmerk komt hier niet te pas; ten aanzien van sommige mag zij echter daarom niet ongepast geacht worden.

Waar enkel eene dienst wordt bewezen, heeft geen schenking plaats, hoe belangrijk zij ook zijn mag voor hem wien zij bewezen wordt, en hoeveel voordeel zij dezen ook aanbrengt, en welke opoffering en kosten de ander zich daarvoor ook getroost; er wordt niets overgedragen. Wanneer een schuldenaar voor eene bestaande schuld onverpligt hypotheek verleent, of de schuldeischer van zijne hypotheek afstand doet, kan men moeijelijk volhouden dat het vermogen van den een daardoor niet vermeerderd of dat van den ander er niet door verminderd wordt; het verschil kan immers wel eens nagenoeg met het nominaal bedrag der schuld gelijk staan; maar er is geen overdragt, en dus geene schenking. Wanneer een schuldeischer de schuld kwijt scheldt, bevoordeelt hij den schuldenaar en vermindert zijn eigen vermogen, maar hij draagt weder niets over, ook zijn inschuld niet; kwijtschelding toch is geene overdragt eener schuldvordering aan den schuldenaar, ten gevolge waarvan deze zelf de schuldeischer en de inschuld door schuldvermenging opgeheven wordt, zij is eene eigene en zelfstandige wijze waarop verbindtenissen te niet gaan; en daarom is er weder geen schenking (2). Hetzelfde geldt bij afstand van eene erfdienstbaar-

---

(1) Verg. o. a OPZOOMER, B, IX, bl. 240 en v., die ook, in n. 4, de bestrijding daarvan door FRUIN, in *Themis*, 2, IV, bl. 71—78, noodeloos en ongegrond acht.

(2) Verg. echter GOUDSMIT, *Pand*, I, § 69, bl. 169 en n. 3.

heid of van een ander zakelijk regt. Wanneer iemand, door de wet of bij uitersten wil als erfgenaam geroepen, de erfenis verwerpt, ten gevolge waarvan deze nu aan een ander toekomt, dan geeft hij op wat reeds door de erfopvolging op het oogenblik van des erflaters overlijden op hem was overgegaan, en zijne daad maakt dat nu de ander de erfenis verkrijgt, hij ziet voor zich van de erfenis af, en ten gevolge daarvan valt deze nu volgens de wet aan dien ander toe, maar hij draagt haar niet aan dezen over, er heeft door verwerping geen overgang en althans geen overdragt plaats, en zijne verwerping is daarom ook geene schenking (1). En wanneer iemand op zijn leven eene levensverzekering sluit ten behoeve van een ander, b.v. van zijne echtgenoote, ten gevolge waarvan deze na zijn overlijden van den verzekeraar eene uitkeering zal bekomen en vorderen kan, dan wordt die echtgenoote bevoordeeld, en staat dit in verband met hetgeen de verzekeringnemer daarvoor heeft opgeofferd, maar deze heeft niets aan gene overgedragen, en daarom heeft er ook hier weder geen schenking plaats gehad (2).

Uit het gezegde volgt nu ook, dat het voorwerp eener schenking moet zijn iets dat overgedragen kan worden, en alzoo eene zaak, die in den handel is. En nu kunnen in het algemeen ook allerlei zaken, die niet buiten den handel zijn, geschonken worden, roerende zoowel als onroerende, ligchamelijke en onligchamelijke, inschulden en andere persoonlijke, of zooals ze in art. 1570 en 1576 en in het opschrift der afdeeling genoemd worden, onligchamelijke (3) regten, maar ook zakelijke regten zoowel als de zaken waarop ze gevestigd zijn, het regt van beklemming der landerijen even als de eigendom van deze, waarvan dat regt voor goed is afgescheiden; zoo ook bepaalde maar even goed onbepaalde zaken, wanneer ze maar ten aanzien van hare soort en van de hoeveelheid genoegzaam bepaald zijn.

---

(1) Verg. intusschen LAURENT, XII, n. 346 en v., die echter het verschil tusschen donation en libéralité niet in het oog houdt. Zie ook DEMOLOMBE, XX, n. 82 en v.

(2) Verg. o. a. H. R. 29 Junij 1888, *W.* 5588.

(3) Verg. hierboven, bl. 348 en v.

Zoo ook geld, hetzij bij wijze van gift van hand tot hand, waarvan art. 1724 spreekt, hetzij anders met inachtneming van art. 1719 en v. (1). En zoo ook des schenkers zaken van eene bepaalde soort, zijne meubelen, zijne boeken, of een zeker gedeelte daarvan (2).

In het algemeen kunnen volgens art. 1370 ook toekomstige zaken het onderwerp eener overeenkomst uitmaken, met uitzondering alleen van eene erfenis die nog niet opengevallen is; en dat zou dus ook voor schenking gelden, zoo geene andere bepaling zich daartegen verzette. Maar volgens art. 1704 vermag schenking alleen de tegenwoordige goederen van den schenker te bevatten, en is eene schenking van toekomstige goederen nietig. Nu kan men zich als toekomstige zaken zoodanige voorstellen, die nog niet bestaan en hiertoe nog eerst ontstaan moeten, maar met betrekking tot een bepaald persoon kan men daarbij ook denken aan alle die, al zullen ze misschien eens de zijne worden, nog niet aan dezen toebehooren (3); en hier, waar ze gesteld zijn tegenover de tegenwoordige goederen van den schenker, is die laatste opvatting als aangewezen. Intusschen wordt door onze bepaling niet belet eene schenking van vruchten, welke nog te velde staan en niet rijp zijn voor den oogst; zelfs niet, wanneer ze gekweekt worden op land, dat niet aan den schenker toebehoort. Die vruchten bestaan reeds, en zullen niet eerst op den dag des oogstes ontstaan; men kan ze als zaken op zich zelve beschouwen, en ze maken niet zelden als zoodanig het voorwerp eener regtshandeling uit, met name van een koop

---

(1) En in dit geval ook wel met een tijdsbepaling, zelfs wanneer deze medebrengt, dat de uitkeering eerst na des schenkers overlijden zal plaats hebben; de begiftigde heeft dan toch van hem en bij zijn leven een verkregen regt bekomen. En het doet naar mijn oordeel daarbij niets af, al is ook bij de schenking bepaald, dat het geld uit de nalatenschap zal gevonden worden. Verg. hierbij o. a. DURANTON, VIII, n. 457 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 698, bl. 142 en n. 4, 6; DEMOLOMBE, XX, n. 388 en v., 390 en v.

(2) Verg. DURANTON, VIII, n. 471.

(3) Verg. hierboven, I, bl. 485 en v.

en verkoop. En dat de grond niet is des schenkers eigendom, belet niet dat de vruchten hem kunnen toebehooren, art. 655 spreekt slechts een regel uit, geene voor alle gevallen geldende stelling; vruchten, staande op mijnen grond, zijn de mijne, zoo ze niet om eene bijzondere reden aan een ander toebehooren, maar dit kan zeer wel het geval zijn (1), en als nu maar de vruchten ten tijde der handeling behooren aan den schenker, kunnen ze door dezen worden overgedragen, en sluit art. 1704 ook hare schenking niet uit.

Als reden onzer bepaling is opgegeven, dat men niet beschikken kan over zaken, die men nog niet heeft en waarvan men ook niet weet of men ze ooit krijgen zal; en verder en voornamelijk, dat het van den schenker zou afhangen, geene goederen te verkrijgen en zoo zijne schenking ijdel te maken en zonder eenig gevolg te laten (2). Maar het eerste zou dan in het algemeen eene beschikking over toekomstige zaken moeten beletten, en wordt dus door art. 1370 ontzenuwd, terwijl in art. 224 en 233 ook eene zoodanige schenking, ter zake des huwelijks gedaan, erkend en dus als mogelijk beschouwd is. Het ander wordt meer algemeen als de reden der wetsbepaling voorgesteld (3), maar kan alsmede kwalijk als zoodanig worden aangenomen. Het zou er weder toe kunnen leiden om elke regtshandeling omtrent toekomstige zaken uit te sluiten, maar de wetgever zou toch ook wel wat ver gaan, en niet weinig ondoelmatig handelen, wanneer hij eene handeling verbood enkel om de mogelijkheid, dat de partij van wie zij uitgaat wel eens zou kunnen goedvinden op zijdelingsche wijze hare werking te verijdelen. De schenker zou dit toch ook niet kunnen doen om ten nadeele van den begiftigde zich zelven te bevoordeelen, maar zelf evenzeer verstoken zijn en blijven van hetgeen hij belet ten bate van genen te komen, en hij zou bovendien ter zake van handelingen die men van hem vreest zeer wel aansprakelijk

---

(1) Verg. hierboven, VI, bl. 81 en v.

(2) Zie DE PINTO, II, § 987, 1°, 5e uitg., bl. 641; 6e uitg., bl. 672.

(3) Zie SCHÜLLER op art. 1704 B. W.; TOULLIER, V, n. 224; DURANTON, VIII, n. 452; LAURENT, XII, n. 413.

gesteld kunnen worden tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. De bepaling is ook verklaard door „een beroep op den tegenzin, waarmede de wetgever tegen de schenking bezield is en waardoor hij ook werkelijk bij de schenking van iets toekomstigs wel het levendigst mag bezield zijn" (1). Maar van een tegenzin tegen schenking in het algemeen heeft de wetgever nergens doen blijken, ook niet door de bepalingen, die hij gemaakt heeft om te beletten dat daardoor iets bewerkt zou kunnen worden wat hij heeft willen afweren, evenmin als hij door gelijke bepalingen met betrekking tot uiterstewils-beschikkingen een tegenzin tegen deze aan den dag heeft gelegd; en een tegenzin tegen schenkingen op zich zelve, waar de gevolgen van een verkeerd gebruik daarvan zoo afdoende konden worden afgeweerd, zou zeker ook vrij ongemotiveerd en daarom ongepast zijn. Het komt mij voor, dat de reden van art. 1704 in iets anders gezocht moet worden, en wel in de zucht om de particulieren te beschermen tegen de gevolgen van daden, door hen zelve verrigt op een tijd toen zij, zonder genoegzame kennis van zaken en geen rekening houdende met mogelijke omstandigheden, die gevolgen niet met genoegzame zekerheid konden overzien (2). Wij vinden verscheidene bepalingen van zoodanige strekking omtrent verschillende onderwerpen, ten aanzien waarvan even als hier van openbare orde of goede zeden redelijkerwijze geen sprake zijn kan, en ik heb daarop vroeger naar aanleiding van het meer misbruikte dan belangrijke art. 14 A. B. opzettelijk gewezen (3). Het is niet onnatuurlijk, dat men er ligter toe komt om iets te schenken wat men nog niet heeft maar slechts verwacht, dan om af te staan wat men reeds bezit en ten gevolge der schenking kwijt zal worden; men kent ook het eerste niet even als het laatste, en kan zoo ligt de waarde er van overschatten of ook te gering achten. Zoo is het zeer mogelijk, dat, wanneer later het geschonkene zal hebben opgehouden voor

(1) Zie OPZOOMER, B, IX, bl. 251; verg. o. a. bl. 255, 292.

(2) Verg. TEIXEIRA DE MATTOS, bij DE PINTO, t. a. p., n. *a*; OPZOOMER, B, IX, bl. 250 en v.

(3) Verg. hierboven, I, bl. 80 en v., 85.

den schenker eene toekomstige zaak te zijn, deze, zoo hij haar niet geschonken had, het nu niet meer doen zou, en zoo zijne schenking van kracht was, nu slechts een onvruchtbaar berouw zou hebben van hetgeen hij deed. Maar nu was het beter zulks te voorkomen, door zoodanige schenking te verbieden. Willen partijen onder bezwarenden titel over dergelijke zaak handelen, zoo laat het zich verwachten dat zij over en weder daarbij voor hare belangen zorgen zullen, en in allen gevalle kon de wetgever haar laten begaan. Wil iemand over zoo iets om niet beschikken, hij kan het doen bij testament, dat zoolang hij leeft herroepelijk blijft, zoodat hij wat hij deed weer als ongedaan kan maken, doch dat ook stand houdt zoo hij het niet herroept. Maar nu kon de wetgever hem dan ook gevoegelijk tegen de gevolgen eener andere hem voor goed bindende beschikking beveiligen, door aan eene schenking onder zulke omstandigheden alle kracht te ontzeggen.

En dat heeft de wet door art. 1704 gedaan. Dit ligt reeds in het eerste lid opgesloten, 'twelk zegt dat schenking alleen de tegenwoordige goederen van den schenker vermag te bevatten, gelijk de Fransche tekst van art. 1711*a* Wetb. van 1830 in overeenstemming met art. 940 C. N. zegt dat la donation ne pourra comprendre que les biens présens du donateur. En uitdrukkelijk is in het tweede lid gezegd, dat zij, indien ze toekomstige goederen bevat, te dien opzigte nietig is. Er is hierbij niet te denken aan vernietigbaarheid of vatbaarheid voor nietigverklaring, maar aan werkelijke nietigheid, zoodat het is alsof er geene schenking bestond. De wetgever heeft daarbij, in navolging van zijn voorganger, die daardoor van vroeger regt afweek, door de woorden „te dien opzigte" bepaaldelijk te kennen gegeven, dat die nietigheid de schenking alleen treft voor zoo ver zij toekomstige zaken tot voorwerp heeft, maar aan hare geldigheid voor al het overige niets te kort doet (1).

Wij hebben gezien, dat volgens art. 1507 koop en verkoop van eens anders goed nietig is, en tevens, in hoe ver en in

(1) Verg. BIGOT-PRÉAMENEU, in *C. N. et Motifs*, IV, bl. 297; MALEVILLE, II, bl. 422; DEMOLOMBE, XX, n. 409 en v.

welken zin zulks het geval is (1), en wij hebben tevens opgemerkt, dat hetzelfde ook ten aanzien van ruiling geldt (2). Zal nu met betrekking tot schenking hetzelfde mogen worden aangenomen? Een bevestigend antwoord komt mij niet twijfelachtig voor (3). Dat het ook hier geldt eene handeling of overeenkomst strekkende tot overdragt van den eigendom eener zaak, waartoe ten opzigte van eens anders zaak, zonder eene bijzondere reden van bevoegdheid, de magt ontbreekt, leidt op zich zelf tot zoodanig antwoord; en dat het van de twee andere overeenkomsten van gelijke strekking werkelijk geldt, kan wel dienen tot bevestiging dat van de derde hetzelfde moet worden aangenomen. Maar het komt mij tevens voor, dat de wet, ofschoon zij niet ook daarvan uitdrukkelijk hetzelfde zegt, evenwel de zaak in dien zin beslist. Natuurlijk bedoel ik hier niet art. 1711, 'twelk zegt dat de schenker in geval van uitwinning tot geen vrijwaring gehouden is, waardoor eenvoudig een gevolg eener handeling die eens anders zaak betreft wordt uitgesloten, dat de bedreigde nietigheid van een koop en verkoop in stand liet, maar dat met die nietigheid zelve niet in betrekking staat. Ook wil ik mij niet op art. 1013 beroepen, 'twelk zegt dat, wanneer de erflater eenig bepaald goed van een ander gelegateerd heeft — met legaten van onbepaalde zaken van een zeker geslacht is het volgens art. 1015 anders —, dat dan het legaat nietig is, hetzij hij al dan niet geweten heeft dat het hem niet toebehoorde; dit toch maakt het wel aannemelijk, en geeft aanleiding om bij analogie daaruit een gelijk besluit af te leiden omtrent schenking, maar sluit het niet in. Ik bedoel art. 1704 zelf. Als schenking alleen de tegenwoordige goederen van den schenker vermag te bevatten, dan kan zij al vast enkel goederen van dezen tot voorwerp hebben, maar dan volgt daaruit ook, dat zij nietig zijn moet, wanneer zij iets anders, en dus wanneer zij goederen van een ander betreft (4). — Zoo het geschonkene voor

(1) Verg. hierboven, bl. 180—187.

(2) Zie hierboven, bl. 406 en v.

(3) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 675 en v., bl. 59 en n. 5.

(4) Verg. echter OPZOOMER, B, IX, bl. 252 en v.

een deel aan den schenker, voor een deel aan een ander behoort, zal de schenking ten aanzien van het eene geldig, van het ander nietig zijn. Behoorde het aan hem en anderen te zamen, zoo zal de handeling voor zijn aandeel hare werking hebben, voor het overige niet; en het gevolg zal zijn, dat het goed nu, in plaats van aan den schenker aan den begiftigde, in gemeenschap met de anderen zal toebehooren.

De wetgever heeft ook reeds op eene andere plaats, en wel in den achtsten titel van het eerste boek, over schenkingen gehandeld, die ter zake des huwelijks door aanstaande echtgenooten onderling of door een derde aan hen of aan een hunner zijn gedaan, en waaromtrent in enkele opzigten van de algemeene bepalingen omtrent schenkingen is afgeweken. Dat nu door deze geen inbreuk wordt gemaakt op die bijzondere bepalingen, zou even waar en even zeker zijn, zoo het niet geheel noodeloos in art. 1730 was uitgesproken, omdat het in overeenstemming is met de natuurlijke verhouding, waarin algemeene en bijzondere bepalingen tot elkander staan.

De wet opent de tweede afdeeling van den titel, die volgens haar opschrift handelt van de bekwaamheid om bij wege van schenking te beschikken en voordeel te genieten, met de bepaling van art. 1713, volgens welke alle personen bij wege van schenking beschikken en genieten mogen, uitgezonderd de zoodanige welke de wet daartoe onbekwaam verklaart. Het is eene bepaling van gelijke strekking als die van art. 943, waarmede het den inhoud uitmaakt van het ééne art. 902 C. N. Toen bij de herziening na 1830 de vraag geopperd werd, of zij nog wel te pas kwam, nu in ons Wetboek de schenking eenvoudig als contract is beschouwd, waardoor te dien aanzien de regelen wegens de bevoegdheid bij contracten gelden, stemde de Regering dit wel toe, maar vond echter zwarigheid het art. te doen wegvallen, omdat het tot eene inleiding strekt der daarop volgende wetsbepalingen (1). Dat antwoord hield zeker geene krachtige verdediging in; veelmeer getuigde het, even als de

(6) Zie VOORDUIN, V, bl. 335 en v.

vraag, van eene miskenning der wezenlijke strekking van het art. Maar al was dit niet het geval, en al kon onze bepaling overtollig genoemd worden (1), toch zou men er daarom niet alle nut aan moeten ontzeggen, omdat het belet, hetzij bij analogie, hetzij naar aanleiding van elders bestaande bepalingen, of op grond van hetgeen men wenschelijk acht, ook andere beperkingen te erkennen, dan onze wet heeft gemaakt. In allen gevalle mag met het oog op die bepaling het een en ander worden opgemerkt.

Zij betreft de schenking niet als overeenkomst, maar op zich zelve, en bepaalt de bekwaamheid om daarbij te beschikken en bevoordeeld te worden, niet die om overeenkomsten aan te gaan; zij zegt ook niet, dat allen bekwaam zijn behalve die tot het aangaan van overeenkomsten onbekwaam zijn, waaromtrent art. 1365 eene soortgelijke bepaling behelst, maar dat allen het kunnen, die niet onbekwaam zijn verklaard daartoe, d. i. om bij wege van schenking te beschikken of voordeel te genieten, even als art. 943 dit zegt met betrekking tot uiterstewils-beschikkingen. Hier komt de onderscheiding te pas, die men met het oog op art. 1366 kan maken, tusschen de minderjarigen, onder curatele gestelden en getrouwde vrouwen, aldaar in het bijzonder genoemd, en degenen aan wie de wet het aangaan van zekere overeenkomsten verboden heeft, die onder dien algemeenen term aan het slot zijn aangeduid (2). Tot dezen behooren de onbekwaam verklaarden, in art. 1713 bedoeld. En al zijn mede te dien aanzien dezelfden onbekwaam, die het ook in het algemeen zijn om overeenkomsten aan te gaan, dan valt tusschen de eene en de andere onbekwaamheid toch altijd dit verschil op merken, dat de laatste wel de geldigheid maar niet het bestaan eener overeenkomst, zelfs ook in het oog der wet, verhindert, maar die van art. 1713 belet dat er werkelijk eene schenking tot stand komt; dat de eene vernietigbaarheid, de andere nietigheid ten gevolge heeft, en dat de eene alleen door

(1) Zie OPZOOMER, B, IX, bl. 278.

(2) Verg. hierboven, X, bl. 377 en v., 381 en v.

de onbekwaam verklaarden zelve, de andere door beide partijen en in het algemeen door allen kan worden ingeroepen (1).

Verder moet opgemerkt worden, dat, terwijl volgens art. 943 allen bij uitersten wil beschikken kunnen, uitgezonderd de zoodanigen die daartoe onbekwaam zijn volgens de bepalingen der afdeeling waarin dat art. voorkomt, en hierin eene wezenlijke en niet onredelijke beperking gelegen is (2), art. 1713 zonder zoodanige beperking spreekt van allen die de wet onbekwaam verklaart.

Met het oog op de bepalingen der wet hebben wij voorts eene volstrekte en eene betrekkelijke onbekwaamheid te onderscheiden, van hen die in het algemeen, en van hen die met betrekking tot bepaalde personen onbekwaam zijn verklaard.

Wat nu vooreerst de bekwaamheid betreft om bij wege van schenking te beschikken, deze is in art. 1714 in het algemeen aan minderjarigen ontzegd (3), met verwijzing echter naar den achtsten titel van het eerste boek, waar in art. 206 dezulken, die de vereischten bezitten om een huwelijk aan te gaan, bekwaam zijn verklaard om toe te stemmen in alle overeenkomsten welke huwelijks-voorwaarden bevatten mogen, mits deze met den daar vereischten bijstand zijn opgemaakt, en dus ook in eene schenking ter zake des huwelijks, overeenkomstig art. 223. De wet spreekt overigens geheel algemeen van minderjarigen, en maakt niet alleen geene uitzondering voor hen die eene beperkte handligting hebben bekomen, maar ook geen onderscheid tusschen minderjarigen van verschillenden leeftijd, terwijl zij in art. 944 hen alleen belet een uitersten wil te maken, wanneer zij den vollen ouderdom van achttien jaren niet hebben bereikt (4).

---

(1) Verg. ook OPZOOMER, B, IX, bl. 276 en v.

(2) Verg. hierboven, VIII, bl. 208 en v. OPZOOMER, B, IX, bl. 278, n. 2, keurt die beperking af.

(3) Deze bepaling was niet overbodig om art. 1366; verg. hierboven, bl. 430 en v.; OPZOOMER, B, IX, bl. 280.

(4) Ook in art. 904 C. N. werd onderscheid gemaakt tusschen andere beschikking en die bij testament.

Onder curatele gestelden worden hier niet onbekwaam verklaard, maar wel elders in de wet, die hen in art. 506*a* gelijk stelt met minderjarigen, wat bij gebreke eener gemaakte uitzondering hen ook hier in de onbekwaamheid van dezen laat deelen (1). Zoo wordt in art. 163 van de getrouwde vrouw gezegd, dat zij zonder bijstand of toestemming van den man niets kan geven of verkrijgen, hetzij voor niet, hetzij onder een bezwarenden titel. De man is voorts als beheerder van de goederen der gemeenschap in art. 179*c* en *d* beperkt in zijne bevoegdheid om daarover bij wege van schenking te beschikken.

Art. 901 C. N. zegt, dat, pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit. Bij ons is zoo iets wel in art. 942 gezegd omtrent het maken of herroepen van een uitersten wil, maar niet ten aanzien van schenkingen. Wel is indertijd voorgesteld te bepalen, dat men geene schenking zal kunnen maken, wanneer men het gebruik zijner verstandelijke vermogens niet bezit; maar de Regering antwoordde, dat er geen grond was om dit meer ten aanzien van schenking uit te drukken, dan van koop en verkoop en alle andere contracten, en dat het valt in den algemeenen regel, dat tot alle contracten toestemming vereischt wordt (2). Zeker is het laatste waar, maar het doet niet af. Was het ook waar, dat een krankzinnige niet kan toestemmen, en daarom niet schenken kan, dan behoefde de wet zich over zoodanige onmogelijke schenking niet uit te laten. Maar dat is niet waar, al wordt het meermalen beweerd en aangenomen. Een krankzinnige kan wel degelijk willen en toe-

---

(1) Indertijd werd als vraagpunt in overweging gegeven, of voogden of curators, met verlof van de bevoegde magt, in die hoedanigheid giften kunnen doen tot vergelding van diensten, aan de minderjarigen of onder curatele gestelden bewezen. Terwijl in de afdeelingen der Kamer de gevoelens daarover verdeeld waren, werd de vraag in committé-generaal ontkennend beantwoord, met overlating aan de commissie van redactie om de noodige uitzonderingen op het beginsel te maken, zie VOORDUIN, V, bl. 336. Zoodanige uitzonderingen zijn intusschen niet gemaakt, en kunnen ook moeijelijk noodig geacht worden.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 335; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 906 en v.

stemmen; de waarde zijner wilsuiting en toestemming mogen verdacht zijn, dit sluit haar bestaan niet uit, het veronderstelt dit zelfs veelmeer. De wet had daaraan alle kracht kunnen ontzeggen, of deze althans beperken, zoo als ook met betrekking tot dwang, bedrog of dwaling geschied is, maar dat heeft zij in het algemeen niet gedaan, althans niet buiten de grenzen van art. 501 en 502. Zij heeft dat bij ons niet voor schenkingen eveneens gedaan als voor uiterstewils-beschikkingen, en nu geldt ook niet voor gene, wat voor deze geldt. Dit is een gevolg eener wetsbepaling; maar die bestaat voor schenking niet, en brengt dus hiervoor ook dat gevolg niet te weeg (1). En al is zoodanige wetsbepaling enkel weggebleven omdat zij als noodeloos werd beschouwd, dit neemt niet weg, dat zij is weggebleven, maar nu ook geene stelling wettigen kan, die alleen in haar een wezenlijken grond zou kunnen vinden. Alleen art. 501 an 502 kunnen hier te stade komen.

De wet spreekt hier ook niet van hen, die in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen zijn verklaard; maar de eersten verliezen, volgens art. 770*a* W. v. K., ten gevolge van het vonnis van regtswege de beschikking over hunne goederen, en dus ook de bekwaamheid om hierover te beschikken bij wijze van schenking. En dat heeft zelfs eene terugwerkende kracht, daar volgen art. 775 W. v. K. alle schenking, door den schuldenaar gedaan, ten aanzien der schuldeischers van regtswege nietig is, wanneer zij heeft plaats gehad binnen zestig dagen vóór den aanvang van het faillissement, en zelfs binnen den dubbelen tijd, zoo de begiftigde den schenker op de daar nader bepaalde wijze door bloedverwantschap of zwagerschap bestaat. En volgens art. 888 en 891 W. v. B. R. geldt iets dergelijks in geval van verklaring in staat van kennelijk onvermogen.

Voorts moet nog worden opgemerkt, dat iemand, die bloedverwanten heeft, aan wie, voor het geval dat ze hem overleven, een wettelijk erfdeel uit zijne nalatenschap is toegekend, daarom door de wet wel niet onbekwaam is verklaard om te schenken, maar toch in de bekwaamheid daartoe in zoo ver is beperkt,

---

(1) Verg. hierbij het gezegde hierboven, X, bl. 399 en v.

dat, wanneer of voor zoo ver door zijne schenking aan eenig wettelijk erfdeel te kort wordt gedaan, op de vordering der legitimarissen of van hunne erfgenamen of regthebbenden, hare tenietdoening of inkorting of vermindering gevorderd kan worden volgens art. 960 en v., 967 en v. (1).

Wat nu de vereischten betreft om door schenking bevoordeeld te worden, volgens art. 1716 moet men, ten einde bekwaam te zijn om bij wege van schenking voordeel te genieten, of liever om door schenking iets te verkrijgen (2), bestaan op het tijdstip waarop de schenking plaats heeft gehad, en de wet voegt er bij: met inachtneming van den regel bij art. 3 vastgesteld. Dit bijvoegsel had veilig achterwege kunnen blijven, nu bij ons art. 3 inderdaad een algemeenen regel behelst (3). Het laat dan ook dien regel in zijne volle algemeenheid gelden; en alzoo zal, wanneer het kind, dat verwekt was, dood ter wereld komt, en dus volgens art. 3*b* geacht wordt nooit te hebben bestaan, de schenking geheel vervallen, alsof zij nooit had plaats gehad.

Maar welk tijdstip wordt nu in art. 1716 bedoeld? Daar de wet niet alleen geene gelijktijdige wilsverklaring der beide partijen vordert, maar ook zoowel de handeling van den schenker alleen, als de overeenkomst die ten gevolge van beider wilsverklaring tot stand komt, met den naam van schenking aanduidt (4), en gelijkelijk van de eene en van de andere gezegd

---

(1) Daarom behoefde niet ook in den titel van schenkingen daarvan gesproken te worden; verg. VOORDUIN, V, bl. 324 en v., 339.

(2) De Fransche tekst van art. 1723 Wetb. v. 1830 spreekt van être capable de recevoir par donation, gelijk art. 906 C. N. van capable de recevoir entre vifs; de vertaling hiervan sprak van bij gifte onder de levenden iets te kunnen genieten.

(3) Verg. hierboven, I, bl. 188 en v. — In art. 1723 Wetb. v. 1830 kwam het niet voor, en op een voorstel om iets in dien geest op te nemen, antwoordde de Regering, dat het overbodig was, om den algemeenen regel in den eersten titel vervat; zie VOORDUIN, V, bl. 337; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 907. Bij de herziening zijn echter de slotwoorden aan de bepaling toegevoegd.

(4) Dit was uit het oog verloren door OPZOOMER, A, III, bl. 180 en v., 2e uitg., II, bl. 196.

kan worden, dat zij heeft plaats gehad, bestaat er aanleiding tot die vraag, omdat men zou kunnen denken aan het tijdstip, waarop de schenker bij notariële akte zijn wil om te schenken te kennen heeft gegeven, maar ook aan dat, waarop zijne schenking door hare aanneming aan de andere zijde is gevolgd en bekroond. Maar in dezen zin opgevat zou de bepaling bezwaarlijk gezegd kunnen worden regt en reden van bestaan te hebben, daar er toch wel geene uitspraak der wet noodig is om te verzekeren, dat iemand bestaan moet, hetzij om zelf eene schenking te kunnen aannemen, hetzij om daarvoor door een ander vertegenwoordigd te kunnen worden, zoodat de eigen daad door die van den vertegenwoordiger kan worden vervangen. En eene opvatting, naar welke eene bepaling ijdel is, en niets zegt wat zonder haar niet ook van zelf spreekt, mag niet worden aangenomen, waar eene andere, niet minder natuurlijke, haar een geheel ander karakter geeft. Hij, aan wien iemand iets van het zijne toezegt, moet op het tijdstip waarop dit geschiedt bestaan; het is niet voldoende, dat hij door den schenker zoodanig is aangeduid, dat, wanneer er later iemand geboren wordt die geheel aan die aanduiding beantwoordt, zoodat zijne identiteit niet twijfelachtig is, voor dezen de schenking kan worden aangenomen, wanneer dit maar geschiedt bij het leven van den schenker en vóór dat deze zijne daad heeft ingetrokken. Het is noodig dat de begiftigde op dat tijdstip heeft bestaan, d. i., geboren of niet, bestaan heeft in den zin waarin de wet volgens art. 3 iemand als bestaande erkent, en voor iemand die toen, hetzij niet meer, hetzij nog niet bestond, kan noch op grond van zijn vroeger, noch ook van zijn later bestaan, aan de schenking eenig regt ontleend of eenig gevolg gegeven worden. En nu behoeft men wel volgens art. 946*a*, om uit kracht van een uitersten wil iets te genieten, slechts te bestaan op het oogenblik van den dood des erflaters, en niet ook op het tijdstip waarop het testament werd gemaakt; maar bij uiterstewilsbeschikkingen komt het — behalve wat de bekwaamheid van den beschikker betreft, die volgens art. 945 beoordeeld wordt naar den staat, waarin hij zich bevond op het oogenblik dat de uiterste wil gemaakt is — alleen op het tijdstip van zijnen dood

aan, omdat het, daar zijn testament tot zoo lang herroepelijk blijft, om het even is, of hij eerst op dat tijdstip, dan wel vroeger de beschikking had gemaakt. Maar daaruit kan niets worden afgeleid ten aanzien eener schenking, die, zoo de schenker haar niet intusschen heeft ingetrokken, gedurende zijn leven ook later kan worden aangenomen, met dat gevolg dat ze daardoor ook voor hem verbindend en onherroepelijk geworden zal zijn (1).

In art. 946*b* is uitdrukkelijk gezegd, dat de bepaling van het eerste lid niet toepasselijk is op personen, die geroepen zijn om uit stichtingen genot te trekken. De Regering zag daarin eene uitzondering op die bepaling, wat zij moeijelijk had kunnen doen, en waaraan zij zeker ook geene behoefte gevoeld zou hebben, wanneer niet in navolging der officiële vertaling in het eerste lid gesproken was van iets genieten, waar gedacht moet worden aan iets te ontvangen. Hier is dat tweede lid niet herhaald, noch toepasselijk verklaard, maar zulks was ook niet noodig. Al is ook hier gesproken van voordeel te genieten bij wijze van schenking, het geldt hier het verkrijgen bij wijze van schenking, en dus door overdragt van iets, die immers de strekking daarvan is. En waar nu eene schenking wordt gedaan aan eene stichting, daar is deze de begiftigde, en zijn dat niet zij die door de stichting onderhouden of ondersteund worden; dezen kunnen er genot van hebben, er voordeel van genieten, hun zal door of ten gevolge van de schenking niets worden overgedragen; en het was daarom niet noodig, op den regel, hetzij in art. 946*a*, hetzij in art. 1716 gesteld, te hunnen aanzien eene uitzondering te maken (2).

Eerder mag men van zoodanige uitzondering spreken naar aanleiding van art. 233, waar gezegd is dat eene gift van het geheel of een gedeelte der nalatenschap van den schenker,

---

(1) Verg. in gelijken zin OPZOOMER, B, IX, bl. 284 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 649, bl. 11, n. 1; DEMOLOMBE, XVIII, n. 579; LAURENT, XI, n. 158. Anders echter GRENIER, I, n. 138 bis; DURANTON, VIII, n. 223; MARCADÉ, III, n. 499.

(2) Verg. hierboven, VIII, bl. 346 en v.

hoezeer alleen ten behoeve der echtgenooten of van een hunner gedaan, echter, ingeval de schenker den begiftigde overleeft, geacht wordt te hebben plaats gehad ten behoeve der kinderen en afkomelingen, uit het huwelijk geboren, d. i. die daaruit geboren zullen worden. Wij hebben hier niet te denken aan eene schenking, gedaan aan kinderen die nog niet geboren of verwekt zijn; de schenking is aan de aanstaande echtgenooten of een hunner gedaan, en door hunne aanneming tot stand gekomen; ten gevolge dier wetsbepaling hebben de begiftigden voor zich en voor hunne afkomelingen een regt verkregen op de nalatenschap van den schenker; maar nu gaat, in het geval dat zij vóór dezen overlijden, de werking dier schenking op hunne afkomelingen over, en deze treden bij het overlijden van den schenker op, niet als erfgenamen van hunne ouders enz., maar uit kracht der schenking, waarvan de werking nu regtstreeks hun ten goede komt (1).

Iets dergelijks laat zich ook opmerken met betrekking tot schenkingen over de hand, die, blijkens de verwijzing van art. 1712 naar de bepalingen omtrent erfstellingen en makingen over de hand, welke daar op schenkingen toepasselijk worden verklaard, in het bijzonder ten behoeve van kleinkinderen enz. en in het algemeen ten aanzien van hetgeen de eerst begiftigde onvervreemd en onverteerd zal overlaten, erkend en geregeld zijn. Ook deze kunnen, en zullen waar het te pas komt, ten goede komen aan kinderen, die nog niet bestonden ten tijde der schenking, en toch aan deze hun regt ontleenen. Maar al is er ten aanzien van dit een en ander aan eene uitzondering op de bepaling van art. 1716 te denken, en al is daarvan als zoodanig hier niet gesproken, dit ontneemt aan het daaromtrent bepaalde niets van zijne kracht, terwijl het ook ons oordeel niet bindt over de betrekking, waarin het tot die bepaling staat.

Voor het overige is het in art. 1716 gevorderd bestaan op het tijdstip der schenking in den regel ook het eenige vereischte om door schenking bevoordeeld te worden. Bekwaamheid om overeenkomsten aan te gaan is daartoe niet noodig. Wel moet

(1) Verg. hierbij wat gezegd is hierboven, IV, bl. 384 en v.

de schenking, om voor den schenker verbindende te zijn, worden aangenomen, maar die aanneming kan even goed door een wettigen vertegenwoordiger als door den begiftigde zelven geschieden. En wel was in art. 1718 ook art. 957 — waarbij bepaald was dat een vreemdeling in ons koningrijk niets bij uitersten wil kan bekomen, dan voor zoo ver dezelfde bevoegdheid aan den Nederlander in het land waartoe die vreemdeling behoort is toegestaan — op schenkingen toepasselijk verklaard, en gold dus ook ten aanzien hiervan voor vreemdelingen dezelfde beperking; maar bij de Wet van 7 April 1869, Sb. n. 56, is dat art. 957, met art. 884, de bevoegdheid tot erfopvolging bij versterf betreffende, afgeschaft (1), en in verband daarmede in art. 2 de verwijzing van art. 1718 naar art. 957 weggenomen, zoodat nu ook te dezen aanzien vreemdelingen met Nederlanders gelijk staan.

Er is intusschen nog eene bijzondere bepaling, waardoor buiten de bekwaamheid om door schenking bevoordeeld te worden, ook nog iets gevorderd wordt om er gebruik van te kunnen maken. Volgens art. 1717 hebben schenkingen aan openbare of godsdienstige gestichten gedaan geen gevolg, dan voor zoo ver de koning aan de bewindvoerders dier gestichten de magt zal hebben verleend om ze aan te nemen. De wet heeft dit hier met zoo vele woorden gezegd, ofschoon zij zeker zeer wel had kunnen volstaan met ook art. 947 op schenkingen toepasselijk te verklaren, gelijk zij dat in art. 1718 gedaan heeft ten aanzien van andere bepalingen omtrent uiterstewils-beschikkingen. Hiervoor toch hebben wij in art. 947 eene bepaling van gelijken aard. Zonder twijfel is de strekking der eene dezelfde als die der andere, de mogelijkheid om te beletten dat door overdreven milddadigheid te groote rijkdommen in de doode hand komen, en daardoor aan den handel en het maatschappelijk verkeer onttrokken worden; wat moest kunnen worden tegengegaan, hetzij die milddadigheid bij wijze van schenking werd uitgeoefend, hetzij ze zich vertoonde in den vorm eener uiterstewils-beschikking.

---

(1) Verg. hierboven, VIII, bl. 48 en v., 348 en v.

Bij eene vergelijking van art. 947 en 1717 valt het verschil in het oog tusschen de benamingen, waarmede de daar bedoelde regtspersonen worden aangeduid. Wij hebben trouwens ook bij de behandeling van deze reeds opgemerkt, dat in het algemeen in de daaraan gegeven benamingen meer verscheidenheid dan juistheid en naauwkeurigheid zigtbaar is, en wij daarom aan de gebezigde namen niet te veel gewigt moeten hechten (1) Bij gelijkheid van strekking is gelijkheid van den omvang harer werking alleszins aannemelijk, ten aanzien der bepalingen, die te zamen de beide wijzen van beschikkingen om niet betreffen. En zoo komt het mij voor, gelijk ik dat ook reeds naar aanleiding van art. 947 gezegd heb (2), dat men in het algemeen kan denken aan instellingen, stichtingen, gestichten, ook wel aan vereenigingen, voor eenig bepaald, kerkelijk of godsdienstig, liefdadig, wetenschappelijk, kunstlievend of ander doel in het leven geroepen, en bestemd om met eigen middelen in ruimeren of meer beperkten kring werkzaam te zijn, te wier behoeve daartoe makingen of schenkingen te pas komen en gedaan worden, en die daardoor kunnen komen in het bezit van goederen, welke, eenmaal hun toebehoorende, voor goed aan een bepaald doel gewijd, maar dan ook aan het algemeen verkeer onttrokken en feitelijk buiten den handel gesteld zijn, en dat alles wat hieronder valt, ook valt onder art. 1717.

De bepaling is voorts ook in zoo ver algemeen, dat zij spreekt van schenkingen, aan de daar bedoelde regtspersonen gedaan, zonder de noodzakelijkheid van eene magtiging des konings tot hare aanneming afhankelijk te stellen van haar bedrag of de waarde van haar voorwerp; zoodat geene schenking, hoe gering ook, van het wettelijk voorschrift is vrijgesteld.

Uit art. 1717 laat zich afleiden, dat de koninklijke magtiging moet voorafgaan en eerst daarna de aanneming kan volgen, en uit de geschiedenis der bepaling blijkt, dat dit ook werkelijk de bedoeling was. Er werd namelijk voorgesteld, de aanneming der schenking toe te laten onder opgevolgde goedkeuring des

(1) Verg. hierboven, I, bl. 377 en v.

(2) Verg. hierboven, VIII, bl. 351 en v., bepaaldelijk bl. 352.

konings, uit vrees, dat de schenker inmiddels zou kunnen komen te overlijden. En de Regering antwoordde daarop, dat dit zelden voorkomend geval niet kan opwegen tegen het misbruik, dat van zoodanige bepaling gemaakt zou kunnen worden, doordien de begiftigde achterlijk zou kunnen blijven om 's konings goedkeuring te vragen, en de eigendom alzoo onzeker blijven zou (1). Dat antwoord is echter zeker weinig bevredigend. De gevreesde nalatigheid der bewindvoerders zou niet meer te verwachten zijn wanneer aan het voorstel gevolg was gegeven, dan nu dit niet is geschied; zij zouden immers toch geen aanspraak op het geschonkene kunnen maken, zoolang hunne aanneming niet door de ontvangen magtiging zou zijn bekrachtigd; terwijl nu, wanneer die magtiging wel is aangevraagd, maar zich wachten laat, hunnerzijds niets in het belang der stichting gedaan kan worden. En het geval, dat de afdeeling zich voorstelde, moge niet dagelijks voorkomen, het kan zich toch gemakkelijk voordoen, en zal ook betrekkelijk wel niet zeldzamer zijn dan dat, waarin de wet door art. 1722*c* voorzien heeft; en het is moeijelijk in te zien, waarom in dezen niet althans op gelijke wijze voorzien had kunnen worden. Maar hoe dit zijn mag, zoo iets is niet geschied, en het is nu zeer mogelijk, dat de vereischte koninklijke magtiging te laat komt, en daardoor het geschonkene wel niet komt in de doode hand, maar de stichting ook voor goed van het genot daarvan verstoken zal zijn (2).

Die in het algemeen bij wijze van schenking over hun goed kunnen beschikken en door schenking kunnen bevoordeeld worden, kunnen nog ten aanzien van elkander, en dus betrekkelijk, daartoe onbekwaam zijn. Zoo iets is ook ten aanzien van uiterstewils-beschikkingen het geval, en de daaromtrent bestaande

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 338; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 907 en v. Verg. ook BARTHÉLÉMY, bij VOORDUIN V, bl. 327 en v., n. X; NOORDZIEK, I, bl. 242.

(2) Verg. voorts MALEVILLE, op art. 937, II, bl. 415; GRENIER, I, n. 71; DURANTON, VIII, n. 450; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 649, bl. 16; DEMOLOMBE, XVIII, n. 599; LAURENT, XI, n. 287.

bepalingen zijn in art. 1718 op schenkingen toepasselijk verklaard. Hier hebben wij voorts nog een verbod van zeer algemeene strekking en werking, waar bij uiterstewils-beschikkingen volkomen vrijheid is gelaten, en beperking hiervan om hare herroepelijkheid ook minder noodig was. Het is het verbod van schenking tusschen echtgenooten.

Volgens art. 1715*a* zijn schenkingen tusschen echtgenooten, staande huwelijk gedaan, verboden. Wij hebben hierbij zeker niet te denken aan strijd met of vrees voor de openbare orde of de goede zeden. Veelmeer heeft men schenkingen willen tegengaan, waartoe anders een echtgenoot zoo ligt zou kunnen besluiten, hetzij ten gevolge van eigen stemming, waarin hij verkeert, hetzij onder den invloed van eenigen aandrang, dien de ander, door verschillende middelen en op verschillende wijzen, en misschien te krachtiger naarmate het zachter en meer onmerkbaar geschiedt, op hem kan uitoefenen. Het is eene bepaling van gelijke strekking, als het verbod van koop en verkoop tusschen echtgenooten in den aanhef van art. 1503, en hiermede noodig tot handhaving der bepalingen van art. 174*b* en van art. 202*a* en 204, waarmede ze geacht kunnen worden één geheel uit te maken. Vóór de voltrekking van het huwelijk kunnen de aanstaande echtgenooten elkander bij schenking toekennen wat zij willen, bij huwelijks-voorwaarden zelfs hunne nalatenschap of een gedeelte daarvan (art. 224). Ook later kunnen zij naar 's harten lust elkander voordeelen toezeggen bij uiterstewils-beschikkingen, die herroepelijk zijn. Na de ontbinding des huwelijks, wanneer zij trouwens geene echtgenooten meer zijn, maar ook geen bedenkelijke werking van eigen stemming of invloed van den anderen kant meer te duchten is, bestaat er geen beperking meer. Maar staande of gedurende het huwelijk geldt het verbod, van het eerste oogenblik tot aan de ontbinding, hetzij de band in volle kracht bestaat, hetzij hij door eene scheiding van goederen, of zelfs door die van tafel en bed, immers tijdelijk is verzwakt, en hetzij er kinderen uit het huwelijk geboren zijn of niet. Schenkingen zijn verboden, zegt de wet; en het is dus duidelijk, dat zij, waar ze in weerwil van dat verbod evenwel geschied zijn,

niet slechts herroepelijk (1), ook niet vernietigbaar of vatbaar voor nietigverklaring, maar nietig zijn en als niet geschied. En die nietigheid kan niet gedekt, die schenking niet bevestigd worden, ook niet door vrijwillige afgifte van haar voorwerp; wat ten gevolge en tot uitvoering eener zoo nietige handeling gedaan is, kan ook zelf bestreden en als ongedaan gemaakt worden.

De omvang van het verbod is echter niet weinig ingekort door art. 1715*b*, 'twelk zegt, dat de bepaling van het eerste lid is „niet toepasselijk op geschenken of handgiften van roerende ligchamelijke voorwerpen, waarvan de waarde niet bovenmatig is, in aanmerking van de gegoedheid des schenkers". De wetgever heeft tevens willen waken tegen overdrijving; en gelijk men het verbod van den aanhef van art. 1503 getemperd heeft door hetgeen er op volgt, heeft men dat ook hier gedaan. Waar zou het ook heen, wanneer zelfs echtgenooten, hetzij bij bijzondere gelegenheden, hetzij ook zonder bepaalde aanleiding, elkander geen geschenk mogten geven? Maar bovendien, hoe zou dat tegengegaan en aan zoodanig verbod de hand gehouden kunnen worden? Niet alleen dat de mogelijkheid eener terugvordering van gegeven voorwerpen op grond van het verbod der gift meer bezwaren zou opleveren, dan die der schenking zelve; maar hoe zou die terugvordering met den algemeenen regel van art. 2014*a* vereenigbaar, en hoe zou zij in de meeste gevallen feitelijk uitvoerbaar zijn?

Wat nu de toegelaten giften betreft, art. 1715*b* spreekt vooreerst van geschenken of handgiften. Natuurlijk moet bij dit laatste woord niet gedacht worden aan handgiften in den zin waarin art. 1500 van eene handgift spreekt; de wet bedoelt daarmede hetzelfde, wat zij in art. 1724 aanduidt als giften van hand tot hand; de Fransche tekst van art. 1722 Wetb.

(1) Art. 1096 C. N. bepaalt, dat toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables, en kent aan de vrouw de bevoegdheid toe om die herroeping te doen zonder magtiging van den man of van den regter. Verg. voorts l. 1, l. 3, l. 32 D. de donat. inter virum et uxorem (24, 1); DE GROOT, *Inleyd.*, III, 2, n. 9. Zie ook art. 400 Ontw. v. 1820.

van 1830 sprak dan ook van cadeaux ou dons manuels, terwijl de laatste uitdrukking daar eveneens voorkomt in art. 1731, ons art. 1724. Die giften nu moeten bestaan in roerende ligchamelijke voorwerpen, trouwens alleen deze zijn voor zoodanige overgave vatbaar; maar al wat aldus overgegeven kan worden is dan ook onder die uitdrukking begrepen, papieren aan toonder zoowel als andere voorwerpen. Al spreekt men ook wel met gelijke bedoeling van inschulden of verbindtenissen aan toonder, deze kunnen niet bestaan zonder papieren, die er de dragers van zijn; die het papier heeft, heeft de inschuld, die deze wil overdragen, heeft slechts het papier over te geven; het papier is eene ligchamelijke zaak, en de inschuld daarin als verligchamelijkt. Papieren of inschulden aan toonder worden dan ook in het algemeen met ligchamelijke zaken gelijk gesteld, of liever even als deze behandeld, bepaaldelijk ook ten aanzien van overdragt, inpandgeving en de kracht van het bezit (art. 668*c*, 1198, 1199 en 2014*a*). En als de wet in art. 1715*b* spreekt, niet eenvoudig van roerende, maar van roerende ligchamelijke voorwerpen, dan is dat niet om de papieren of schuldvorderingen aan toonder, die ook in art. 1724 nevens roerende ligchamelijke voorwerpen genoemd en daarmede op ééne lijn gesteld worden (1), maar om geheel andere roerende zaken uit te sluiten, die voor eene overgifte van hand tot hand niet vatbaar zijn, met name inschulden en wat nevens deze in de laatste afdeeling van den titel van koop en verkoop onder de uitdrukking „andere onligchamelijke regten" begrepen wordt (2), met name gevestigde, lijf- en altijddurende renten. En met betrekking tot papieren of inschulden aan toonder zou zeker ook even goed de zwarigheid bestaan, waarop ik zoo even wees, ten aanzien der moeijelijkheid om eene verbodsbepaling tegenover eene overtreding te handhaven.

Schenking van wat niet in het tweede lid valt is en blijft volgens art. 1715*a* verboden. Die van de daar aangeduide zaken

---

(1) In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 50, meende ik, dat daarop de uitzondering van art. 1715*b* niet toepasselijk is.

(2) Verg. hierboven, bl. 348 en v.

is intusschen niet onbepaald toegelaten; er is eene grens, al is die niet bepaald en duidelijk zigtbaar. De waarde der gegeven voorwerpen moet niet bovenmatig zijn, in aanmerking van de gegoedheid des schenkers. Alles is hier dus betrekkelijk, en behoorde dat ook te zijn; en alles is daarbij aan het oordeel des regters overgelaten. Wanneer men nu bedenkt, dat de wet niet vordert dat de gegeven voorwerpen naar de gegoedheid des schenkers van geringe waarde zijn (1), maar slechts dat de waarde niet bovenmatig is, dan zal de bestrijding eener gift uit dien hoofde zeker niet ligt haar doel bereiken. Maar toch blijft dit mogelijk, en heeft de regter de magt, de teruggave van het geschenk te bevelen, waar hij de waarde hiervan bovenmatig acht, en de gift, al kon zij van hand tot hand plaats hebben, eene ontduiking of verkrachting der verbodsbepaling van art. 1715*a* zou inhouden.

Wat nu de andere gevallen van betrekkelijke onbekwaamheid betreft, wij vinden die aangewezen in art. 1718, waar verschillende bepalingen, elders met betrekking tot uiterstewils-beschikkingen gemaakt, op schenkingen toepasselijk zijn verklaard (2).

Minderjarigen kunnen in het algemeen niet bij wijze van schenking beschikken (art. 1714); het was daarom niet noodig, hun de bevoegdheid te ontzeggen om het te doen ten voordeele van hunnen voogd (3). Maar even als bij testament, zou ook de meerderjarig gewordene die bevoegdheid missen, zoolang de

(1) Zoo stond er in den Nederlandschen tekst van art. 13 van het ontwerp, ofschoon de Fransche tekst ook daar sprak van dons manuels d'objets — dont la valeur n'est pas excessive, eu égard etc. Zie NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 788 en v.; verg. ook bl. 907, en VOORDUIN, V, bl. 337.

(2) De indertijd gemaakte opmerking, dat het beter geweest ware, de aangehaalde artikelen zelve op te nemen, is zonder gevolg gebleven; zie VOORDUIN, V, bl. 339, n. III; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 940. Dat die opmerking niet geheel ongegrond was, kan ons bij verschillende bepalingen blijken.

(3) Daarom is in art. 1718 geen sprake van art. 951*a*. Om dezelfde reden is daar art. 952 in zijn geheel niet genoemd, welks bepaling zich niet buiten de minderjarigheid uitstrekt.

voogdijrekening niet afgelegd en gesloten is, behalve ten voordeele van een bloedverwant in de opgaande linie, die zijn voogd was; als wanneer de bloedverwant meer dan de gewezen voogd bevoordeeld wordt, en de mogelijkheid dier bevoordeeling niet wegens de gevoerde voogdij beperkt moest worden. Daartoe zijn in art. 1718 art. 951*a* en *b* toepasselijk verklaard (1).

In art. 1718 is ook toepasselijk verklaard art. 953, en daardoor kunnen de geneesheeren, heelmeesters, apothekers en andere personen, de geneeskunde uitoefenende, welke iemand gedurende de ziekte, waaraan hij overleden is, bediend hebben, alsmede de bedienaars van de godsdienst, welke hem gedurende die ziekte hebben bijgestaan (2), niets verkrijgen uit kracht eener schenking, door hem in den loop dier ziekte te hunnen behoeve gedaan, behoudens de daar gemaakte uitzonderingen (3). Men heeft door die bepaling de gevolgen willen afweren, waartoe anders de invloed aanleiding zou kunnen geven, dien de zoodanigen zoo ligt op den zieke uitoefenen, zelfs zonder dit te bedoelen, om van geene mogelijke kwade praktijken te spreken. En hieruit mag worden afgeleid, dat het, gelijk bij art. 953 op het tijdstip waarop het testament is gemaakt, zoo hier aankomt op dat der handeling van den schenker. Doch er valt nog iets anders op te merken. Art. 953 spreekt bepaaldelijk van een testament, gemaakt gedurende de ziekte waaraan de beschikker overleden is, en dit is niet vreemd bij de gedachte, dat deze anders na zijne herstelling zijne beschikking kon herroepen, zoo hij dat wilde, en zij, zoo hij dat niet wilde, ook zeer wel kon blijven gelden. Maar anders is het bij eene schenking, die, eens gedaan en aangenomen, niet meer door den schenker herroepen kan worden, zoodat de werking van datgene, waarvan men de gevolgen wilde tegengaan, niet meer zijn af te wenden (4). Misschien zou de wetgever, zoo hij te dezer

(1) Verg. daarover hierboven, VIII, bl. 370—375.

(2) Verg. over de bedoelde personen hierboven, VIII, bl. 377 en v.

(3) Verg. hierboven, VIII, bl. 383 en v.

(4) Verg. DURANTON, VIII, n. 250; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 649, bl. 13, n. 16; DEMOLOMBE, XVIII, n. 526; LAURENT, XI, n. 342.

zake eene eigene bepaling omtrent schenking had gemaakt, zelf hebben opgemerkt, wat bij eene eenvoudige toepasselijkverklaring zoo ligt zijne opmerking kon ontgaan; maar ten gevolge hiervan geldt nu ook voor schenking hetzelfde, wat voor uiterstewils-beschikkingen is gezegd. En de uitlegger der wet, of die haar moet toepassen, heeft geen vrijheid, noch om de verbodsbepaling uit te breiden tot elke schenking, gedurende eene ziekte gedaan, hetzij de schenker daaraan overleden is of niet, noch om in het laatste geval van zoodanige schenking herroeping toe te laten, of haar anders dan uit hoofde van dwang enz. nietig te doen verklaren.

Volgens art. 954 kunnen de notaris, die eenen uitersten wil bij openbare akte heeft verleden, en de getuigen die daarbij zijn tegenwoordig geweest, niets genieten van hetgeen aan hen bij dien uitersten wil mogt zijn gemaakt; en ook deze bepaling is in art. 1718 eenvoudig toepasselijk verklaard op schenkingen. Ook hier zou anders wel aanleiding geweest zijn tot eene eigene bepaling, vooral omdat we bij schenking met twee verschillende akten te doen kunnen hebben, die waarin de schenker zijne beschikking verlijdt, en die welke de aanneming van den begiftigde inhoudt. De toepasselijkverklaring van art. 954 wijst, zoo niet alles in ééne akte is opgenomen, op de eerste; daarbij alleen kan aan den notaris of aan de getuigen iets zijn toegekend. Maar volgens art. 21 der Wet op het notarisambt mogen de notarissen geene akten verlijden, waarin zij zelve als partij voorkomen, en volgens art. 23 dier Wet zullen die akten verleden worden in tegenwoordigheid van twee getuigen, die wel onderscheiden moeten zijn van de verschijnende partijen, als hoedanig de begiftigden in de akte van aanneming voorkomen; er zou dus ook geene deugdelijke aanneming zijn, wanneer de begiftigde als notaris òf getuige tot die akte medewerkte (1).

Indien een vader of moeder wettige en ook wettiglijk erkende natuurlijke kinderen nalaat, mogen de laatsten zoo min ten gevolge eener schenking als uit kracht eener uiterstewilsbeschikking iets meer van hen verkrijgen, dan hun in den titel

(1) Zie ook OPZOOMER, B, IX, bl. 288 en n. 2.

van erfopvolging bij versterf door de wet is toegekend; art. 1718 in verband met art. 955. Eene schenking kan dan dus aan die natuurlijke kinderen (1) niet verder te stade komen, dan door hun het erfdeel dat de wet hun toekent te verzekeren tegen eene latere beschikking, waardoor, al kan op hun wettelijk erfdeel geen inbreuk gemaakt worden, hun erfdeel volgens de wet anders zou kunnen worden verminderd. En zelfs dat zal zij niet kunnen met vrijstelling der verpligting tot inbreng, waar die anders zou bestaan volgens art. 1132. Voor het overige moet nog worden opgemerkt, dat niet alle schenking, aan een wettig erkend natuurlijk kind gedaan door een vader of moeder, die ook een of meer wettige kinderen heeft, daarom nietig en van onwaarde is; het komt naar luid van art. 955, 'twelk door zijne toepasselijk-verklaring ook in zoo ver mede voor schenkingen geldt, daarop aan, of de vader of moeder wettige en natuurlijke kinderen nalaat. Zijn de eerste vóór den schenker overleden, zoo is met de reden der bepaling ook hare toepasselijkheid vervallen, en de vroeger gedane schenking geldig. Zijn de natuurlijke kinderen vooroverleden, in welk geval de erfopvolging naar de wet door art. 917 wordt bepaald, dan zou het met den geest onzer bepaling in overeenstemming geacht kunnen worden, zoo de schenking, voor zoo ver zij het geoorloofd bedrag overschreed, door de wettige afkomelingen kon worden bestreden, maar zal men hiervoor in de bepaling der wet bezwaarlijk een grond kunnen vinden.

Overspelers of overspeelsters en hunne medepligtigen kunnen volgens art. 956 uit elkanders uitersten wil geen voordeel genieten, wanneer vóór het overlijden van den erflater door een regterlijk gewijsde van het overspel gebleken is. Ook deze bepaling is in art. 1718 op schenkingen toepasselijk verklaard. Maar nu is er aanleiding tot de vraag, hoe het laatste in geval van schenking toegepast moet worden; eene vraag, die mede waarschijnlijk door den wetgever zelven beslist zou zijn, zoo hij zich hier niet tot eene enkele toepasselijk-verklaring van een vroeger art. had bepaald. Intusschen komt het mij voor, dat

(1) Wie daaronder te verstaan zijn, zie hierboven, VIII, bl. 368 en v.

men zich ook hier zal moeten houden aan de toepasselijk verklaarde bepaling, en dat het er enkel op aan komt, of van het overspel door eene regterlijke uitspraak gebleken is vóór het overlijden van den schenker. De schenking moge reeds vroeger tot stand gekomen en onherroepelijk geworden zijn, door de beteekening harer aanneming aan zijde van den begiftigde, of zélfs op het tijdstip der schenking zelve, zoo deze terstond en bij dezelfde akte werd aangenomen, hare voltooijng en hare onherroepelijkheid voor den schenker zijn geheel vreemd aan de vraag, wanneer over het overspel bij vonnis uitspraak moet zijn gedaan, om eene bestrijding der schenking uit dien hoofde nog mogelijk of uitgesloten te doen zijn. Men mag zeker met grond aannemen, dat volgens art. 956 het overspel moet vaststaan vóór het overlijden van den erflater, niet omdat deze later niet meer in staat is tot herroeping, maar omdat de wetgever heeft willen beletten, dat nog na zijn dood, en dus buiten hem om, ter wille van een finantiëel belang een proces gevoerd zou kunnen worden over een door hem gepleegd overspel. En als dit zoo is, dan is er tevens alleszins reden om hetzelfde ook voor schenking te laten gelden (1).

Volgens art. 958*a* is eene uiterstewils-beschikking, gemaakt ten voordeele van iemand die onbekwaam is om te erven, nietig; en de wet laat er op volgen: zelfs wanneer de beschikking mogt zijn gemaakt op den naam van eenen tusschenbeiden komenden persoon (2), terwijl dit laatste zeker als de hoofdzaak in die bepaling mag worden aangemerkt. Verder is in het tweede lid gezegd, dat voor tusschenbeiden komende personen zullen worden gehouden de vader en de moeder, de kinderen en afstammelingen en de echtgenoot van dengene die onbekwaam is om te erven (3). En dit art. is in art. 1718 almede op schenkingen toepasselijk verklaard. Het is dat dus zoowel wat het

(1) Anders dacht ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 46. Zoo ook OPZOOMER, B, IX, bl. 288 en v.

(2) Verg. hierboven, VIII, bl. 388.

(3) Verg. hierboven, VIII, bl. 390 en v. Zie voorts ook OPZOOMER, A, III, bl. 181, 2e uitg, II, bl. 196 en v., B, IX, bl. 289 en v.

eene, als wat het andere lid betreft. En daar zoowel art. 958 als art. 1718 geheel algemeen spreekt, geldt het in het algemeen, wat ook de oorzaak der onbekwaamheid zijn mag; geldt het dus, wat schenking betreft, ook ten aanzien van echtgenooten, al valt aan dezen met betrekking tot uiterstewils-beschikkingen niet te denken.

Art. 911 C. N. zegt, dat toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. Ten aanzien van uiterstewils-beschikkingen viel alleen aan het laatste, niet ook aan het eerste te denken, en het is dus zeer natuurlijk dat art. 958 hiervan niet spreekt. Had nu de wetgever bij de behandeling der schenking zich niet enkel tot toepasselijk-verklaring van bepalingen omtrent uiterste willen bepaald, dan zou hij waarschijnlijk, met art. 911 C. N. voor oogen, die bepaling in haar geheel hebben opgenomen; nu is hier van eene vermomming eener schenking onder den vorm eener overeenkomst onder bezwarenden titel geen sprake. Dit zal ons echter niet moeten weerhouden om toch hetzelfde aan te nemen, wat de C. N. uitdrukkelijk heeft gezegd. Waar partijen den schijn aannamen alsof zij een koop en verkoop sloten, dien zij niet wilden, maar eene schenking, die zij bedoelden, onder dien schijn verborgen, omdat die schenking niet geldig zou zijn of omdat zij daarvoor niet wilden uitkomen, dan komt het aan op hetgeen, al is het dan ook onder een anderen vorm, geschied is, niet op hetgeen slechts voorgewend, maar niet geschied is; vooral gaat het niet aan, de wet te ontduiken door aan hetgeen men doet een anderen schijn te geven; de koop en verkoop zal niet als zoodanig, maar als schenking beschouwd en behandeld moeten worden, en als zoodanig geldig zijn of niet, naarmate eene niet vermomde schenking dat zijn zal (1).

De schenker kan aan zijne schenking in het algemeen allerlei nadere bepalingen verbinden, voorwaarden, tijds- en lastbepalingen, even als dat kan bij andere regtshandelingen. De wet

(1) Verg. ook hierboven, II, bl 98 en v.

behelst intusschen eenige artikelen, deels uit den C. N. overgenomen, deels met afwijking naar aanleiding daarvan opgenomen, omtrent hetgeen bij schenking al of niet bepaald kan worden. Veelal staan die bepalingen in verband met een regtsregel van het vroegere Fransche regt: donner et retenir ne vaut, waarop dan ook gedurig door de schrijvers pleegt gewezen te worden. Op zich zelve dienen zij tot beslissing van verschillende punten, waarover anders twijfel en verschil van meening zouden kunnen bestaan. Ten deele betreffen zij, wat het wezen der schenking medebrengt, ten deele, wat in het algemeen belang wenschelijk werd geacht.

Daartoe behoort al aanstonds de bepaling van art. 1705, dat de schenker zich niet mag voorbehouden de bevoegdheid om over een voorwerp, in de schenking begrepen, te beschikken, en dat zoodanige schenking, voor zoo veel dat voorwerp aangaat, als nietig wordt beschouwd. Dat de wet zoodanig voorbehoud niet toelaat, is zeer natuurlijk; schenking strekt tot overdragt, en sluit eene toekenning van het geschonkene in, op grond waarvan, immers na hare tijdige aanneming, die overdragt gevorderd kan worden. Nu gaat het niet aan, iets op die wijze aan iemand toe te kennen, en daarbij tevens aan zich het regt te houden om daarover anders te beschikken; en zoodanig voorbehoud sluit eene wezenlijke overdragt of toekenning uit. Maar wat, als evenwel zoo iets is geschied? Daarop nu geeft art. 1705 het antwoord. Zoodanige schenking wordt als nietig beschouwd; zij is nietig, zoo als art. 1712 Wetb. van 1830 zeide (1). Er komt geene vernietiging te pas, de schenking is als niet geschied. De schenker behoudt dus werkelijk het regt van beschikking over het voorwerp, omdat dit als niet geschonken wordt beschouwd, en de begiftigde kan er geen aanspraak op maken, al is er ook door den schenker niet nader over beschikt; het blijft dan aan hem en zijne erfgenamen.

(1) Bij de herziening was eene redactie voorgesteld, volgens welke zoodanig voorbehoud niet gemaakt mogt worden, op straffe van nietigheid enz.; hiervoor is de tegenwoordige in de plaats gekomen. Zie VOORDUIN, V, bl. 329 en v.

Maar die nietigheid treft de schenking alleen met betrekking tot datgene, ten aanzien waarvan het voorbehoud was gemaakt; voor het overige is de schenking geldig, en heeft zij hare gewone kracht en werking.

Art. 1705 veronderstelt een voorbehoud van nadere beschikking over eenig voorwerp, dat zelf tot het geschonkene behoorde. Van geheel anderen aard is het voorbehoud van nadere beschikking over eene bepaalde geldsom, waarvan sprake is in art. 1708*a*. Wel wordt daar gesproken van „eene bepaalde geldsom uit de geschonkene goederen", doch wij hebben daarbij niet te denken aan bepaalde muntstukken, die zelve mede in de gift begrepen waren, maar aan eene geldsom tot een bepaald bedrag, in welk betaalmiddel ook uit te keeren, en die, als men dat wil, uit het geschonkene verkregen, daarop verhaald kan worden (1). Het verschil tusschen beide valt in het oog, al is het uit het oog verloren door den Franschen wetgever, die het een en het ander gelijk heeft gesteld. Zeker zou de schenker aan zijne schenking de lastbepaling kunnen verbinden, dat de begiftigde eene zekere geldsom zal afgeven aan een derde; en waarom zou hij zich daarbij dan niet het regt kunnen voorbehouden, om hem later tot zoodanige uitkeering van een bepaald bedrag te verpligten? Maar bovendien, het voorbehoud betreft hier niets, wat zelf ook geschonken was, er is daarom ook niets, waarop de in art. 1705 bedreigde nietigheid der schenking zou kunnen worden toegepast, gelijk er ook niets is, wat geacht kan worden in strijd te zijn met het wezen der schenking. Bij ons is zoodanig voorbehoud dan ook in art. 1708*a* uitdrukkelijk toegelaten.

Is die voorstelling juist, dan is er ook in den aard der zaak geene reden gelegen, om die toelating juist tot eene beschikking over eene bepaalde geldsom te beperken, en behoeven wij in art. 1708*a* geene afwijking van of uitzondering op een regel

(1) Onze wet spreekt van eene bepaalde geldsom *uit* de geschonkene goederen, in overeenstemming met de vertaling van art. 946 C. N.; de Fransche tekst van art. 1715 Wetb. v. 1830 sprak, overeenkomstig dat art. zelf, van une somme fixe sur les biens donnés.

te zien, zoodat daarom alle toepassing op iets anders zou zijn uitgesloten. Men zal dan ook eene gelijke bepaling kunnen erkennen ten aanzien van andere zaken, zoo deze maar niet zelve een deel der geschonkene uitmaken. Zoo zal b. v. bij de schenking van een stuk land de schenker zich het regt kunnen voorbehouden, om jaarlijks over eene zekere hoeveelheid koorn te beschikken, of over een aantal brooden enz. (1).

In art. 946 C. N. is bepaald, dat, wanneer de schenker zich de vrijheid heeft voorbehouden om over een in de schenking begrepen voorwerp of over eene geldsom te beschikken, en sterft zonder dit gedaan te hebben, dat voorwerp of die geldsom aan zijne erfgenamen zal behooren, niettegenstaande alle daarmede strijdende bedingen. Met betrekking tot de geldsom was ook nog in art. 1715 Wetb. van 1830 bepaald, dat de begiftigde haar aan de erfgenamen van den schenker zou moeten uitkeeren, zoo deze daarover niet had beschikt. Bij de herziening is dat geheel veranderd. In art. 1708*b* is uitdrukkelijk bepaald, dat, indien de schenker overlijdt zonder over die geldsom beschikt te hebben, het geschonkene in het geheel aan den begiftigde blijft. En te regt (2). De schenking zelve was deugdelijk, en onvoorwaardelijk geschied (3); alleen heeft de schenker zich eene bevoegdheid voorbehouden, doch daarvan is geen gebruik gemaakt. Maar noch aan dit laatste, noch aan dat voorbehoud zelf, kunnen zijne erfgenamen eenig regt op die geldsom ontleenen; en het natuurlijk gevolg daarvan is, dat de begiftigde behoudt wat hem geschonken is, zonder tot eenige uitkeering verpligt te zijn, die hem enkel had kunnen worden, maar niet is opgelegd.

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 264. Zie echter ook ASSER, § 806; LIPMAN, bl. 510.

(2) Verg. de memorie van toelichting bij VOORDUIN, V, bl. 331; ASSER, § 806; OPZOOMER, B, IX, bl. 265.

(3) SCHÜLLER teekent bij art. 1708 aan: „In dit geval is de schenking gedaan onder de ontbindende voorwaarde: tenzij de schenker over de bepaalde geldsom anders beschikke; zie art. 1301." Maar de stelling is onjuist, en wat er mede bedoeld werd, is mij niet duidelijk.

Volgens art. 1706 is het aan den schenker geoorloofd zich het genot of vruchtgebruik van geschonkene, roerende of onroerende, goederen tot zijn eigen voordeel voor te behouden, of daarover ten behoeve van een ander te beschikken. Wat het laatste betreft, zoo kan die andere beschikking onder bezwarenden titel plaats hebben, maar ook zelve eene schenking zijn; beide zijn dan evenzeer nevens elkander bestaanbaar, als men volgens art. 930 bij uiterstewils-beschikkingen het vruchtgebruik aan den een en den blooten eigendom aan een ander kan geven. En ook het eerste is volkomen vereenigbaar met het wezen eener schenking; die zeer goed kan bestaan, terwijl de schenker zelf het vruchtgebruik of het genot der geschonken zaak voor zich zal behouden. Op gelijke wijze kan men ook het vruchtgebruik aan een ander schenken, en den blooten eigendom voor zich behouden (1); al spreekt de wet daarvan niet uitdrukkelijk, het wordt ook door art. 1705 niet belet. De reden, waarom van het voorbehoud van vruchtgebruik wel is gesproken, kan daarin gevonden worden, dat art. 949 C. N. eene gelijke bepaling behelst, en zulks tot beslissing van een vroeger bestaand verschil van gevoelen over de vereenigbaarheid van zoodanig voorbehoud, bepaaldelijk met betrekking tot roerende zaken, met den hoog gestelden regel: donner et retenir ne vaut (2). Vandaar ook de uitdrukkelijke vermelding van: roerende of onroerende goederen.

Art. 1706 voegt er nog bij, dat in de bedoelde gevallen de bepalingen van den negenden titel van het tweede boek van dit wetboek zullen moeten worden in acht genomen. Nu zou het zeker ook zonder nadere bepaling niet twijfelachtig zijn, dat, waar een vruchtgebruik geschonken of voorbehouden is, de bepalingen omtrent vruchtgebruik te pas komen (3). Maar als men opmerkt, dat art. 1706 spreekt van het genot of

---

(1) Verg. SCHÜLLER, op art. 1706; DURANTON, VIII, n. 468.

(2) Zie b. v. MALEVILLE, II, bl. 425; verg. MARCADÉ, III, n. 688; DEMOLOMBE, XX, n. 481 en v.

(3) Zie OPZOOMER, B, IX, bl. 259. Zelf heb ik ook in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 69, in gelijken zin gesproken.

vruchtgebruik, en dus ook ziet op een genot dat geen werkelijk vruchtgebruik is (1), en 'twelk misschien ook eenvoudig genot, althans geen vruchtgebruik, genoemd is, dan kan men in het bijgevoegde tevens eene aanwijzing zien, dat ook dan de regten en verpligtingen der betrokken partijen naar die bepalingen beoordeeld moeten worden, en dan is het dus niet zoo overbodig en doelloos als het kan schijnen; gelijk art. 367 1°, 'twelk zegt, dat met het vruchtgenot van vader of moeder de lasten zijn verbonden waartoe vruchtgebruikers verpligt zijn, niet overbodig geacht zal worden door hen, die niet ontkennen dat het vruchtgenot geen vruchtgebruik is.

Er is beweerd, dat, wanneer de schenking van het vruchtgebruik aan een derde geen gevolg heeft, doordien de schenker haar herroept voordat zij nog werd aangenomen, of doordien de derde haar niet wil aannemen of vóór de aanneming sterft, hij wien de eigendom geschonken is niet terstond in het genot kan treden, maar de schenker zelf in de plaats van den derde komen zal gedurende den tijd, dien anders het genot van dezen geduurd zou hebben (2). Maar die meening, waarvoor men zich bij ons niet op art. 946 C. N. kan beroepen, komt mij ongegrond voor. Hij wien de eigendom of de bloote eigendom geschonken is, terwijl aan een derde het vruchtgebruik is toegekend, behoeft het genot aan niemand af te staan dan aan dezen, of aan een ander die van zijnentwege daartoe geregtigd is (art. 819). Houdt het vruchtgebruik op, dan wordt de eigendom volkomen; maar komt het vruchtgebruik dat aan een ander toegekend was niet tot stand, zoo is en blijft de eigendom van den aanvang af volkomen, bij gebreke van datgene wat hem tot een blooten, een onvolkomen eigendom zou maken. Zich zelven had de schenker het vruchtgebruik niet voorbehouden; wat zou hem nu regt geven op genot voor zekeren tijd? en met welk regt zou die tijd van zijn genot bepaald worden door den levensduur van een ander, die geen vruchtgebruiker geweest is? Zou hij

(1) Verg. daarover DEMOLOMBE, XX, n. 483.

(2) Zie DURANTON, VIII, n. 465. Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 260, n. 1.

een ander tot vruchtgebruiker kunnen maken in de plaats van dengene die het niet kon of wilde zijn? Wanneer en waardoor zal hij, wien de eigendom geschonken is, volkomen eigenaar worden, zoo hij het niet terstond wordt door de overdragt, terwijl geen ander met een zakelijk regt op het goed nevens hem staat?

Zoo kan ik ook niet aannemen, dat men bij het schenken van den blooten eigendom niet zou behoeven aan te duiden, wien het vruchtgebruik zal toekomen, dat bij het voorbehoud om over het vruchtgebruik ten behoeve van een derde te beschikken, gesteld dat dit met art. 1705 vereenigbaar was, die derde niet genoemd behoeft te worden (1). En met de stelling: „als ik u van mijn goed den blooten eigendom geef, dan blijft door het beperkte van die schenking het vruchtgebruik bij mij zelf" (2), kan ik in geenen deele instemmen. Wat is vooreerst de bloote eigendom van een stuk land? Ik weet het niet, en zal het niet weten, zoolang ik niet weet, welk regt aan den eigendom onttrokken is. Een erfpachtsregt kan het niet zijn, want daartoe zou een pacht, — een regt van beklemming ook niet, want daarvoor zou eene vaste huur moeten zijn bepaald; maar een regt van opstal zou het wel zijn kunnen, en even goed als een vruchtgebruik ook een regt van gebruik, terwijl deze twee regten, hoe verwant ook, toch geenszins hetzelfde zijn; waarom moet nu juist aan een vruchtgebruik gedacht worden? Doch gesteld, dat dit nu eenmaal moet worden aangenomen, wat krijg ik dan, als ik den blooten eigendom verkrijg? Met bepaaldheid kan ik het nog niet weten, zoolang ik niet weet, wie de vruchtgebruiker is of zijn zal; want hierdoor wordt het vruchtgebruik eerst bepaald, en daarmede ook de bloote eigendom. Zal ik nu, omdat mij geen ander als zoodanig is genoemd, moeten aannemen, dat de schenker zelf het vruchtgebruik aan zich heeft gehouden? Doch wat verzekert mij, dat hij dat vruchtgebruik niet aan een ander heeft toegekend, wanneer wij moeten aannemen, dat hij, mij den blooten

(1) Zie DURANTON, VIII, n. 466 en v.

(2) Zie OPZOOMER, t. a. p.

eigendom schenkende, niet noodig heeft mij den vruchtgebruiker te noemen? Maar nu komt het mij voor, dat dergelijke onbepaalde zaken in en voor het regtsleven niet passen, en dat wij best doen met uitdrukkingen, waaraan geen bepaald begrip te hechten is, buiten onze regtsbeschouwingen te houden.

De schenker vermag voorts, volgens de bepaling van art. 1709, „zich het regt voor te behouden om de gegevene goederen tot zich te doen terugkeeren, hetzij in geval de begiftigde alleen, of deze en zijne afkomelingen, vóór den schenker kwamen te overlijden”. Hiertegen werd indertijd aangemerkt, dat daarin eene schenking ter zake des doods gelegen was (1); maar dit werd teregt door de Regering ontkend, die opmerkte, dat de schenking werkelijk gedurende het leven van den schenker ten uitvoer wordt gebragt, en (het geschonkene) tot den schenker terugkeert, indien hij den begiftigde overleeft. Men had dan ook eenvoudig uit het oog verloren, dat het hier aankwam, niet op den dood des schenkers, maar op het vooroverlijden van den begiftigde. De bepaling dient om den schenker, die den begiftigde en misschien ook diens afkomelingen wenscht te bevoordeelen, gelegenheid te geven om te beletten dat hij het geschonkene ook nog op anderen moet zien overgaan, wie hij niet genegen, wie hij misschien bepaald ongenegen is te bevoordeelen. En de wetgever deed daardoor niets aan het wezen der schenking te kort; aan deze wordt volkomen uitvoering gegeven, het geschonkene wordt ook niet van den begiftigde teruggenomen en moet niet door dezen weder worden teruggegeven; er wordt eenvoudig eene ontbindende voorwaarde gesteld, wier vervulling de werking der schenking zal opheffen. De bepaling was daarom ook niet noodig om den schenker het regt daartoe te geven, maar dient alleen om het te regelen.

Doch de redactie is niet gelukkig. De C. N. zegt in art. 951, dat le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, zonder zich nader daarover uit te laten, behalve dat in art. 952 gesproken wordt van de gevolgen daarvan voor het-

(1) Men sprak natuurlijk van eene donatio mortis causa. Zie VOORDUIN, V, bl. 333; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 906.

geen intusschen met het geschonkene was geschied; de zaak was ook uit het vroeger regt bekend, 'twelk een retour légal en een retour conventionnel onderscheidde (1). De vertaling hield zich daaraan, en zeide dat de donateur kan bedingen het regt, dat de gegeven goederen aan hem zullen terug keeren. Maar nu kwam het ontwerp van 1824, dat de grondslag zou zijn der verdere bewerking van ons Wetboek. En hier stemde wel de Fransche tekst van art. 7 met den C. N. overeen, maar sprak de Nederlandsche van „zich het regt voor te behouden om de gegeven goederen tot zich te doen terugkeeren" (2), en beide teksten zijn aangenomen en komen nevens elkander voor in art. 1716 Wetb. van 1830. Men schijnt niet te hebben opgemerkt, dat er tusschen beide onderscheid bestaat, en toch is er een vrij duidelijk en wezenlijk verschil. Naar de Fransche bepaling wordt het regt van terugkeering bedongen, en heeft dan ten gevolge daarvan de terugkeering van zelf plaats; naar de Nederlandsche is dat anders, behoudt de schenker zich een regt voor, en kan hij nu uit kracht van dat regt het goed tot zich doen terugkeeren, die terugkeering dus bewerken, maar zal deze dan toch nog eerst door hem bewerkt moeten worden. Nu komt de vraag te pas, hoe onze bepaling moet worden opgevat, en dan kan men, geloof ik, niet volstaan met te zeggen, dat noch de bepaling van den C. N., noch de Fransche van het Wetb. van 1830 voor ons geldt, en wij ons dus moeten houden aan onze eigene, en deze opvatten zoo als zij luidt. Bij het licht van den Franschen tekst van 1830 ziende, dat de bedoeling niet genoeg uit de Nederlandsche bepaling blijkt, vind ik daarin geen grond om mij aan de Fransche te houden, maar ook geen reden om deze, nu ze voor ons geene wettelijke kracht heeft, buiten rekening te laten; doch nu vind ik in de omstandigheden aanleiding om verder te zien, of ook nog in onze eigene wet nader licht is te vinden. En dan meen ik dat dit het geval is. Volgens art. 1710 worden alle vervreemdingen vernietigd en keeren de goederen vrij en ontheven van

(1) Verg. o. a. DEMOLOMBE, XX, n. 494 en v.

(2) Zie NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 786 en v.

alle lasten tot den schenker terug, en dit wordt daar voorgesteld als het gevolg van het regt van terugkeering, niet van de uitoefening daarvan, of van de uitvoering daaraan door den schenker gegeven. En nu is, dunkt mij, de juiste voorstelling deze, dat het gemaakt beding het regt van terugkeering ten gevolge heeft, en dat uit kracht van dit regt de terugkeering plaats vindt, zoodra de omstandigheid bestaat, waarin volgens het beding het regt daarop is geboren.

Die omstandigheid is in het algemeen daarin gelegen, dat de begiftigde vóór den schenker overleden is. Daarvan moet blijken, anders komt krachtens het in art. 1709 erkend beding geen terugkeering te pas; en de bewijslast te dien aanzien rust op den schenker, die op grond dier terugkeering zijn regt wil doen gelden. Dat in art. 1712 ook de bepaling van art. 941 toepasselijk is verklaard, volgens welke, indien door een en hetzelfde ongeval, of op denzelfden dag, mogten omkomen de erflater en de erfgenaam of de legataris, of degene, die bij eene geoorloofde onder-erfstelling in plaats van dezen laatste zou zijn opgetreden, zonder dat men weten kan wie van hen het eerst overleden is, zij vermoed worden op hetzelfde oogenblik gestorven te zijn, en er geen overgang van regten ten gevolge van den uitersten wil plaats heeft (1), — dat zal wel in verband gebragt mogen worden met ons regt van terugkeering, en de werking van het beding daarvan moeten uitsluiten, wanneer ten aanzien van schenker en begiftigde zoodanige toestand bestaat (2).

Dat regt van terugkeering nu bestaat in geen geval van regtswege, in welke betrekking schenker en begiftigde ook tot elkander staan; het moet bedongen zijn. En dit moet, immers

---

(1) Vergelijk over de bepalingen van art. 878 en 941 hierboven, VIII, bl. 21—26, 341.

(2) Verg. echter OPZOOMER, A, III, bl. 180, 2e uitg., II, bl. 195, B, IX, bl. 273; die intusschen gaarne bekent, dat hij zich geen geval kan voorstellen, waarin art. 941 op schenkingen toepasselijk zou zijn, of het moest zóó naar het onderwerp gewijzigd worden, dat het inderdaad geheel was opgeheven.

om meer dan een persoonlijk regt voor den schenker tegen den begiftigde teweeg te brengen, bij de schenking zelve zijn geschied en door hare aanneming zijn beslag hebben gekregen. Wat noodig is voor het bestaan van het regt en zijne werking, hangt daarbij af van de termen, waarin het is bedongen.

De wet toch wijst in art. 1709 op twee verschillende gevallen, dat waarin alleen de begiftigde vóór den schenker overleden moet zijn, en dat waarin het vóóroverlijden noodig is van hem en zijne afkomelingen. In het eerste geval heeft er terugkeering plaats, wanneer de begiftigde vóór den schenker sterft, zij het ook met achterlating van kinderen of verdere afkomelingen; de schenker heeft dan bepaaldelijk den begiftigde willen bevoordeelen en de opvolging dier afkomelingen afhankelijk gemaakt van zijn eigen vóóroverlijden. Het komt intusschen niet te pas, daarbij van schenking van vruchtgebruik aan den begiftigde te spreken (1). In geval van zoodanige schenking zou de eigendom òf aan den schenker gebleven zijn, òf door hem aan een ander zijn overgedragen, maar in elk geval bij den dood van den begiftigde het vruchtgebruik eindigen ten voordeele van dengene, die op dat tijdstip de eigenaar is van het in vruchtgebruik gegeven voorwerp, om het even wie dat zijn zal; terwijl in ons geval de begiftigde eigenaar is van het geschonkene, en dit aan zijne erfgenamen overlaten of daarover bij testament beschikken kan, zoo hij maar niet vóór den schenker sterft, en het goed hierdoor niet tot dezen terugkeert.

Het andere veronderstelt, dat de begiftigde en zijne afkomelingen vóór den schenker stierven; de terugkeering vindt dan eerst plaats, wanneer de schenker niet alleen den begiftigde, maar ook al zijne afkomelingen overleeft. Er is intusschen nog iets anders mogelijk, dat terugkeering bedongen is voor het geval, dat de begiftigde vóór den schenker overlijdt, zonder afkomelingen na te laten. Het verschil bestaat hierin, dat volgens het eerste beding terugkeering alleen te pas komt, wanneer de begiftigde vóór den schenker sterft, zonder dat er afkomelingen zijn, en volgens het andere ook dàn, wanneer de begif-

(1) Zie GRENIER, I, n. 32.

tigde wel afkomelingen naliet, maar ook deze vóór den schenker zijn gestorven. Naar dit laatste zal, wanneer de begiftigde vóór den schenker sterft met achterlating van afkomelingen, hierom geene terugkeering plaats hebben, en zal het niet afdoen, al komen daarna ook nog die afkomelingen vóór den schenker te sterven, maar zal dan ook het geschonkene op hunne erfgenamen overgaan; de terugkeering zal dan dus meer beperkt zijn. En nu wordt van dit laatste geval wel niet eveneens uitdrukkelijk in de wet gesproken, maar als men bedenkt wat deze wel toelaat, neemt dat zeker niet weg, dat ook het andere evenzeer geoorloofd geacht mag worden (1). Doch indien er wel een regt van terugkeering bedongen is, maar zonder aanduiding, of althans genoegzaam bepaalde aanduiding, wanneer het te pas zal komen, zal wel de meest beperkte werking moeten worden aangenomen, omdat voor eene ruimere geen grond bestaat (2).

Onder afkomelingen zijn niet alleen kinderen te verstaan, maar ook verdere afstammelingen. Maar gelijk een schenker zijn beding tot den begiftigde zelven kan bepalen, behoeft hij het zeker ook niet tot kleinkinderen uit te strekken. En zoo zal hij het ook wel kunnen beperken tot sommige der kinderen enz. (3); de afwijking van den regel wordt daardoor niet uitgebreid, maar ingekort, en bepalingen als van art. 928 en 1023, volgens welke eene beschikking moet komen ten voordeele van alle kinderen, zelfs die reeds geboren zijn of nog geboren zullen worden, zonder uitzondering of voorrang van ouderdom of kunne, zijn voor iets zoo geheel anders geschreven, dat ze niets kunnen afdoen voor ons onderwerp, waarvoor zoo iets niet is bepaald.

---

(1) Verg. DE PINTO, II, § 990, 5e uitg., bl. 642, 6e uitg., bl. 673; OPZOOMER, B, IX, bl. 268 en v.; TOULLIER, V, n. 286; DURANTON, VIII, n. 491; GRENIER, I, n. 31; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 700, bl. 146 en n. 8.

(2) Verg. hierbij DE PINTO, t. a. p., maar ook TEIXEIRA DE MATTOS, daarbij, n. *a*.

(3) Verg. DEMOLOMBE, XX, n. 506. Anders echter OPZOOMER, B, IX, bl. 269, n. 3.

Zoo zal een schenker het regt van terugkeering zeker ook wel kunnen bedingen voor het geval, dat geene wettige kinderen van den begiftigde dezen overleven, terwijl, wanneer die begiftigde enkel natuurlijke kinderen heeft en geene wettige meer te wachten zijn, een beding daarvan zeer wel denkbaar is en tevens geldig zijn zal (1), waarin bepaaldelijk en alleen van de zoodanige wordt gesproken. Maar moeijelijker is de vraag, of, zonder nadere aanduiding deswege in het beding, voor de toepassing van art. 1709 uitsluitend aan wettige, dan wel mede aan natuurlijke afstammelingen gedacht moet worden, verondersteld natuurlijk dat zij wettiglijk zijn erkend. Het komt mij voor dat men hier, wat de laatste betreft, alleen aan natuurlijke kinderen en hunne wettige afkomelingen te denken heeft, niet ook aan natuurlijke afkomelingen van een natuurlijk kind van den begiftigde; omdat volgens art. 335 door de erkenning slechts burgerlijke betrekkingen geboren worden tusschen het natuurlijk kind en den vader of de moeder die het erkende, en zij geene regtsbetrekking doet ontstaan tusschen het kind en de verwanten van zijn vader of zijne moeder (2). Doch daarmede verliest die vraag haar belang niet. Dat men hier met de bedoeling der partijen te rade zou moeten gaan (3), komt mij, voor zoo ver zij niet uit de schenking zelve blijkt, bedenkelijk voor; en dat men in het algemeen, en wanneer er geene bepaalde aanleiding voor het tegendeel bestaat, zou kunnen aannemen, dat bij een beding van het regt van terugkeering alleen aan wettige afstammelingen gedacht is, en dus natuurlijke kinderen niet als bestaande afkomelingen in aanmerking zullen komen, evenzeer. Was de schenker met het bestaan van natuurlijke kinderen van den begiftigde niet bekend, dan ligt in zijn stilzwijgen omtrent dezen geen grond om hen buiten rekening te laten; en wist hij daarvan wel, dan is in dat stilzwijgen een reden te vinden om aan te nemen, dat hij zoowel aan hen als aan wettige heeft gedacht. Opmer-

(1) Verg. DEMOLOMBE, XX, n. 511. Anders echter OPZOOMER, t. a. p.

(2) Verg. hierboven, V, bl. 130 en v.

(3) Ik sprak daarvan in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 78.

kingen omtrent onzedelijke gevolgen, waartoe eene meer algemeene opvatting eener wetsbepaling aanleiding kan geven, kunnen den wetgever leiden bij de vaststelling der wet, niet anderen bij hare uitlegging en toepassing. En hetzelfde geldt van de meening omtrent hare gepastheid of doelmatigheid. Men zou met het oog op art. 910 kunnen opmerken, dat, wanneer ook het bestaan van een natuurlijk kind de werking van het bedongen regt van terugkeering zal beletten, het gevolg daarvan zijn zal, dat anderen, wier aanzijn daarvoor onverschillig is, met hem zullen erven, wat anders tot den schenker zou zijn teruggekeerd; maar men bedenke daarbij ook, dat het hier de vraag niet is, aan wie nu het geschonkene komen zal, maar enkel, of het zal terugkeeren tot den schenker; en men kan tevens opmerken, dat ook wel anders, met name in het geval van art. 892, het bestaan van dezen of genen ten gevolge hebben zal, dat anderen mede kunnen deelen in eene erfenis, waaraan zij anders vreemd zouden zijn gebleven. En het moge waar zijn, dat een begiftigde een natuurlijk kind, 'twelk het zijne niet is, evenwel als het zijne zou kunnen erkennen om zoo het regt van terugkeering te verijdelen, het is dan toch ook waar, dat volgens art. 341 alle erkenning betwist kan worden door allen die daarbij belang hebben, en eveneens, dat de opmerking zelve wel voor den wetgever eene reden kon zijn om iets zoo of anders te bepalen, maar niet voor den uitlegger, om de bepaling die gemaakt is zoo of anders op te vatten. Een bepaald en vertrouwbaar besluit laat zich alleen uit de wet opmaken, en daarvoor moet in dezen alles aankomen op art. 1709. Hier wordt den schenker de bevoegdheid toegekend om voor zich het regt van terugkeering te bedingen, ook voor het geval dat de begiftigde en zijne afkomelingen vóór hem overlijden. In het algemeen zijn onder afkomelingen zoowel natuurlijke als wettige begrepen; de vraag zelve die wij behandelen gaat van de aanneming dier kwalijk te betwisten stelling uit en zou anders niet te pas komen. Art. 1709 spreekt niet bepaaldelijk van wettige afkomelingen en sluit de onwettige niet uit. Als nu hetzelfde ook geldt van de schenking, waarbij de terugkeering in dier voege bedongen is, dan is voor de

werking hiervan noodig, dat even als de begiftigde, zoo ook al zijne afkomelingen, wettige of natuurlijke, vóór den schenker overleden zijn. En dan moet daaruit volgen, dat, wanneer er ook maar één natuurlijk kind of één of meer wettige afstammelingen daarvan den schenker overleven, geen terugkeering plaats vindt (1).

Er is indertijd gevraagd, of de geschonken goederen niet tot den schenker behoorden terug te keeren, wanneer hij na de schenking kinderen krijgt; en in eene andere afdeeling, of de schenker voor dat geval de terugkeering niet zou mogen bedingen. De Regering antwoordde daarop, dat overeenkomstig den wensch der Kamer, bij de behandeling der vraagpunten van stellig regt geüit, die teruggave of terugkeering van regtswege is weggelaten, omdat zij strijdig is met de zekerheid der eigendommen, en dat naar hare meening op denzelfden grond de schenker de terugkeering niet moet kunnen bedingen buiten het geval, bij art. 7 van het ontwerp, ons art. 1709, bepaald (2). Daarin lag dus eene bepaalde afwijzing der bevoegdheid tot uitbreiding dier bepaling in den bedoelden zin. Nu is wel in het verslag der centrale afdeeling daarop teruggekomen, en aangevoerd dat de schenker altijd het regt behoudt om eene ontbindende voorwaarde bij de schenking te bedingen (de limiter sa donation par une clause résolutoire), en dat op de schenking, als eene overeenkomst, al de regelen omtrent overeenkomsten toepasselijk zijn, en dus ook het regt eener ontbindende voorwaarde. En men voegde wel daarbij, dat het van belang zou zijn den schenker de bevoegdheid om voor het bedoeld geval terugkeering te bedingen toe te kennen, omdat deze niet plaats vond van regtswege, dat ons art. de plaats daarvoor was, doch dat het de vraag was, of men niet, door hier die bevoegdheid tot de daar uitgedrukte gevallen te bepalen, haar uitsloot voor

(1) Verg. echter OPZOOMER, B, IX, bl. 268 en v., n. 3; DURANTON, VIII, n. 488; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 700, bl. 146 en n. 9; DEMOLOMBE, XX, n. 510; LAURENT, XII, n. 456.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 331 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 906.

het geval van opkomst van kinderen, en dat de wet zich daaromtrent duidelijk behoorde uit te drukken (1). Maar daaraan is geen gevolg gegeven, en hierin lag eer eene bevestiging, dan eene verzwakking van het zoo even genoemd resultaat. Want wat daar werd aangevoerd omtrent de algemeene bevoegdheid om aan overeenkomsten ontbindende voorwaarden te verbinden, ten gevolge waarvan, zoo zij ook hier gold, hare toekenning in art. 1709 inderdaad overbodig zijn zou, kan kwalijk beslissend zijn, waar wij staan tegenover eene bijzondere bepaling, die de zaak regelt ten aanzien eener bijzondere regtshandeling (2).

Art. 1509 behelst nog eene nadere bepaling, waardoor de bevoegdheid, die het toekent, nog in een ander opzigt wordt beperkt, het kent die bevoegdheid toe binnen een bepaalde grens. De schenker kan terugkeering bedingen, maar niet anders dan ten behoeve van hem zelven alleen. De terugkeering, die plaats heeft doordien de begiftigde, alleen of met zijne afkomelingen, vóór den schenker overleed, komt natuurlijk ook aan zijne kinderen en verdere afkomelingen, in het algemeen aan zijne erfgenamen ten goede, voor zoo veel het geschonkene nu weder tot zijne erfenis behoort, en het slot van art. 1509 maakt daarop geen inbreuk. Maar de schenker kan de terugkeering niet bedingen voor zijne kinderen, of voor zich en zijne kinderen, zoodat ook deze het geschonkene zullen terugbekomen, wanneer de begiftigde, op zich zelf of zonder afkomelingen na te laten, vóór hen overleden is. En natuurlijk kan het regt dus ook niet bedongen worden ten behoeve van verdere afkomelingen van erfgenamen of van derden.

Men kan trouwens ook kwalijk spreken van een beding van een regt van terugkeering ten behoeve van derden, omdat dit in strijd is met het begrip, dat men overeenkomstig de natuurlijke beteekenis van het woord aan terugkeering hecht. Men kan gevoegelijk spreken van een regt van terugkeering ten behoeve van den schenker, en er zou ook wel sprake kunnen

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 332 en v.; NOORDZIEK, bl. 939 en v.

(2) Verg. voorts OPZOOMER, B, IX, bl. 266 en v.

zijn van terugkeering ten behoeve van zijne kinderen of afkomelingen, omdat, wanneer zulks was toegelaten, de geschonkene goederen, die, zoo de schenking niet had plaats gehad, tot des schenkers nalatenschap zouden behooren en alzoo op zijne kinderen of afkomelingen overgaan, gezegd zouden kunnen worden nu tot hen terug te keeren. Maar wanneer bedongen werd dat in de bedoelde gevallen de geschonken goederen zullen komen aan een derde, dan moet er van terugkeering geen sprake zijn, omdat zij nooit aan dien derde hebben toebehoord, en deze daarop ook geen regt gehad zou hebben, zoo ze niet door schenking aan een ander waren gekomen. Er zou dan eene substitutie plaats hebben, eene schenking over de hand, die ten gevolge der toepasselijk-verklaring van art. 926 in art. 1712 evenzeer ongeoorloofd is, als eene erfstelling of making over de hand. Wanneer het regt van terugkeering bedongen wordt ten behoeve der kinderen en andere afkomelingen van den schenker, dan heeft er geene schenking over de hand plaats, geene regeling der opvolging ten voordeele van bepaalde personen, op wie de goederen niet van zelf zouden overgaan, zooals men door het verbod van beschikkingen over de hand voornamelijk heeft willen tegengaan; omdat hier geen bepaalde personen zijn aangewezen, op wie de goederen zullen overgaan, en deze juist aan hen zullen toekomen, die ze zonder de schenking ook gekregen zouden hebben. Geheel anders is het, wanneer er een beding is gemaakt ten behoeve van een derde, al is daarbij ook het woord terugkeering gebezigd. Het komt mij voor, dat de gemaakte onderscheiding (1) ook van dienst kan zijn tot beantwoording der vraag, wat het gevolg zijn zal, wanneer een regt van terugkeering ten behoeve van anderen dan den schenker is bedongen, eene vraag waarover verschillend wordt gedacht (2). Geschiedde dit ten behoeve van een bepaald aangewezen kind of afkomeling van den schenker of ten behoeve

---

(1) Verg. daarover OPZOOMER, B, IX, bl. 269 en v.

(2) Zie GRENIER, I, n. 34 en v.; TOULLIER, V, n. 287; DURANTON, VIII, n. 487; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 700, bl. 145; verg. § 694, bl. 122, n. 38.

van een derde, dan is de zaak niet bij den regten naam genoemd, en had er inderdaad eene verbodene schenking over de hand plaats. En het gevolg is, volgens art. 926 in verband met art. 1712, dat de geheele handeling, ook ten aanzien van den begiftigde, nietig en van onwaarde is; natuurlijk toch kunnen zulke wetsbepalingen niet ontdoken worden door het bezigen eener andere, maar onjuiste uitdrukking. Daarentegen is, wanneer een regt van terugkeering bedongen werd, hetzij ten behoeve van des schenkers kinderen of afkomelingen, hetzij ten behoeve van den schenker en zijne kinderen of afkomelingen, de handeling niet in haar geheel nietig, maar alleen dat wat tegen het verbod der wet is geschied. De schenking zelve is dus van kracht, maar een regt van terugkeering bestaat er in het eerste geval geheel niet, en in het laatste alleen ten behoeve van den schenker zelven.

De wet, die binnen de gestelde grenzen een beding toelaat, dat de gegeven goederen tot den schenker zullen terugkeeren, vooroorlooft dit ten aanzien van het geschonkene in zijn geheel, maar belet het daarom niet ten aanzien van een deel daarvan, van bepaalde goederen. Men kan zeggen, dat in de bevoegdheid voor het geheel die voor een deel begrepen is, terwijl een beperkt gebruik daarvan geene uitbreiding van hare werking insluit, en evenmin het karakter harer toepassing verandert.

Wat nu de gevolgen van het door de wet erkend beding betreft, zoo wordt vooreerst de begiftigde daarom ten gevolge der levering even goed eigenaar van het geschonkene, als wanneer het niet bestond. Als zoodanig kan hij er gebruik van maken zooals hij verkiest, de vruchten genieten en voor zich behouden, die het geschonkene tot aan de terugkeering oplevert, en in het algemeen ten aanzien hiervan doen en laten wat hem lust. Hij is ook niet verpligt om voor het goed als een goed huisvader te zorgen. Hij is dat niet door de algemeene bepaling van art. 1271*a*, omdat er voor hem geene verbindtenis om iets te geven bestaat, die wel kan ontstaan, wanneer het geval opkomt waarvoor de terugkeering bedongen is, maar vóór haar ontstaan ook geene verpligting oplegt, welke de wet aan haar bestaan verbonden heeft; en geene bijzondere bepaling heeft

hem met zoodanige zorg belast. De wet bepaalt ook niet, dat de goederen tot den schenker moeten terugkeeren, of aan hem teruggegeven worden, in den staat, waarin ze geschonken of overgedragen zijn. En terwijl de begiftigde, wanneer het goed verbeterd is, zij het ook door zijn toedoen, daarvoor geene vergoeding van den schenker eischen of dezen iets in rekening brengen kan, omdat de wet daarvoor geen grond oplevert, zoo kan ook, wanneer het goed met of zonder schuld van den begiftigde in eenig opzigt minder is geworden, aan zijde van den schenker geen aanspraak op schadeloosstelling of vergoeding worden gemaakt, omdat ook daarvan evenmin sprake is in de wet.

De begiftigde kan als eigenaar ook over het geschonken goed beschikken; hij kan het vervreemden of bezwaren, met hypotheek of met een anderen last, verbonden aan een regt, door hem aan een ander op het goed verleend. Maar zijn eigendom is herroepelijk, en hij kan aan een ander geen vaster regt geven dan hij zelf heeft. Dit is door de wet zelve gehandhaafd, die in art. 1710 bepaalt, dat het gevolg van het regt van terugkeering daarin zal bestaan, dat alle vervreemdingen der geschonken goederen worden vernietigd, en die goederen tot den schenker terugkeeren, vrij en ontheven van alle lasten en hypotheken, welke daarop sedert het tijdstip der schenking mogten gelegd zijn. Die bepaling geeft echter aanleiding tot meer dan ééne opmerking. De aanhef is niet juist gesteld; het gevolg van het regt van terugkeering bestaat hierin, dat het geschonkene nu weder aan de schenker toebehoort; wat de wet als zoodanig opgeeft, dient slechts tot nadere bepaling en verzekering daarvan tegenover beschikkingen, die intusschen zijn gemaakt. Maar ook het slot is niet naauwkeurig. Het komt niet op het tijdstip der schenking aan; zoolang deze niet door overdragt gevolgd is, behield de schenker nog de magt om over het goed te beschikken, en wat hij intusschen deed houdt stand, ook na de werking van het regt van terugkeering; wij moeten daarbij denken aan hetgeen na de overdragt geschied is, door iemand die daartoe de bevoegdheid had, met name door den begiftigde of zijnen onmiddelijken of middelijken regtverkrijgende. En de geheele bepaling, hoe algemeen ook gesteld,

kan alleen worden toegepast ten aanzien van onroerende goederen; ten aanzien van roerende, waarvoor het bezit als volkomen titel geldt, wordt die toepassing hierdoor belet. Wel geldt het beding van terugkeering ook voor roerend goed, maar ten aanzien hiervan komt alleen zijn eigenlijk gevolg te pas, dat, waarvan art. 1710 niet spreekt; ook roerend goed komt in geval van terugkeering weder aan den schenker toe, wien het door de erfgenamen van den begiftigde teruggegeven moet worden, en die het van dezen kan opvorderen. Is het door dezen of door den begiftigde zelven vervreemd, dan zal ook overeenkomstig art. 1272 deswege vergoeding van kosten, schaden en interessen te pas komen; en zoo ook deze niet te verkrijgen is, dan zal de schenker eenvoudig moeten berusten in hetgeen een onvermijdelijk gevolg is van den, voor het maatschappelijk verkeer onmisbaren en in art. 2014*a* gestelden, regel omtrent roerend goed.

Wat nu de terugkeering zelve betreft, wij hebben hierboven opgemerkt, dat deze niet behoeft bewerkt te worden aan zijde van den schenker, uit kracht eener door het beding verkregen bevoegdheid, maar dat zij ten gevolge van het aan de schenking verbonden beding van zelf plaats heeft (1). Zij behoeft dan ook niet in regten te worden gevorderd, en het komt volstrekt niet te pas, daarbij van eene herroeping der schenking te spreken (2). Eene regtsvordering te dier zake kan men alleen noodig hebben om zich het gevolg der terugkeering te verzekeren, wanneer dat feitelijk wordt onthouden; gelijk ieder, die eenig regt heeft, in zoodanig geval daartoe zijn toevlugt kan moeten nemen. Maar de erfgenamen van den begiftigde, of zij aan wie het goed door dezen is overgedragen, bezitten dit, wanneer het geval van terugkeering bestaat, niet meer uit kracht der schenking of der daarop gevolgde geldige beschikking aan zijde van den begiftigde; hun regt is vervallen en zij zijn eenvoudige bezitters of houders geworden, van wie het

(1) Zie hierboven, bl. 457 en v.

(2) Zie TOULLIER, V, n. 292. Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 270 en n. 4.

goed door dengene, aan wien het nu weder toebehoort, kan worden opgevorderd.

Wat den tijd betreft, waarin zoodanige regtsvordering, die natuurlijk op de erfgenamen van den schenker overgaat, kan of moet worden ingesteld, de wet heeft daaromtrent niets gezegd; de bepalingen omtrent verjaring moeten hier dus toepasselijk zijn. Tegen den begiftigde of zijne erfgenamen duurt alzoo de vordering volgens art. 2004 dertig jaren, te rekenen van den dag, waarop uit kracht van het beding het geschonkene tot den schenker terugkeerde (1). Derden kunnen ook overeenkomstig art. 2000*b* ten gevolge van een dertigjarig bezit tegen alle vordering veilig zijn. Maar voor hen kan, wanneer hun eenig goed door den begiftigde is overgedragen, op grond van art. 2000*a* ook een twintigjarig bezit voldoende zijn (2), omdat zij bezitten uit kracht van eenen titel, die, al werd dan ook de aan hen gedane vervreemding, naar luid van art. 1710, vernietigd, toch was een wettige titel in den zin van art. 2000*a*, een op zich zelf deugdelijke titel van eigendomsovergang, en de in verband daarmede gedane overdragt zelfs alle verjaring overbodig zou hebben gemaakt, zoo er geen regt van terugkeering was bedongen. De regtsvordering tegen derde bezitters kan dus volgens art. 2000*a*, maar ook wel volgens art. 2000*b*, vroeger verjaren dan die tegen de erfgenamen van den begiftigde, doordien de verjaring voor hen eerder begonnen kan zijn te loopen. Zij blijft dan tegen die erfgenamen bestaan, en deze zullen, wanneer de schenker of de zijnen nu de goederen zelve niet kunnen terugbekomen, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen verpligt zijn.

Ten aanzien van het regt van terugkeering zij nog opgemerkt, dat het enkel in het belang van den schenker en zijne erfgenamen is bedongen en bestaat, en dat men daarom mag aan-

---

(1) Verg. DURANTON, VIII, n. 495; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 700, bl. 148.

(2) Verg. DURANTON, VIII, n. 496; ZACHARIAE, t. a. p. Op dit punt was ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 89, van eene andere meening.

nemen, dat hij niet alleen kan nalaten daaraan gevolg te geven, maar ook geldig daarvan afstand kan doen (1). De wet spreekt van dien afstand niet, en schrijft dus ook omtrent den vorm daarvan niets voor; terwijl uit hetgeen voor de schenking zelve en hare aanneming bepaald is, niets kan worden afgeleid ten aanzien van dien afstand. Men zal dus mogen besluiten, dat de vorm onverschillig is, wanneer er maar afstand is gedaan en hiervan genoegzaam blijkt; dat die afstand bij overeenkomst, maar ook wel eenzijdig kan geschieden (2), uitdrukkelijk bij authentieke of onderhandsche akte of ook mondeling, maar ook stilzwijgend, door daden, die van den wil ondubbelzinnig doen blijken, omdat ze met de voortduring van het regt van terugkeering onvereenigbaar zijn.

Fidcicommissaire substitutiën kunnen door middel van schenking niet meer plaats hebben dan bij wijze van uiterstewilsbeschikking, en slechts onder gelijke bepalingen. Art. 926, 927 en 928 en de 7e en 8e afdeeling van tit. 12 van het tweede boek zijn in art. 1712 op schenkingen toepasselijk verklaard. Hiertegen is indertijd de bedenking geopperd, dat het niet zou passen voor schenkingen onder de levenden (3); maar zij is zonder eenig gevolg gebleven, en teregt. Men kan zich immers gereedelijk eene schenking voorstellen, waarbij iemand aan A. zekere goederen toekent, die later aan B. zullen komen; eene schenking, die nu wel, om ten aanzien van beiden van kracht te kunnen zijn, door beiden zal moeten, maar immers ook zeer gevoegelijk door beiden kan worden aangenomen.

Eene schenking nu van dien aard, waarbij bepaald is dat het geschonken goed door den eersten begiftigde bewaard en bij zijn overlijden, of op een ander aangeduid tijdstip, aan den tweeden uitgekeerd moet worden, is volgens art. 926 nietig en van onwaarde, en wel in haar geheel, ten aanzien van den eersten even goed als van den tweeden begiftigde; behalve waar

---

(1) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 700, bl. 147 en n. 13 en v.

(2) Verg. hierboven, II, bl. 53, n. 2.

(3) Zie VOORDUIN, V, bl. 325; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 939.

het zoodanigen geldt, voor wie in art. 927 en de zevende afdeeling van den genoemden titel eene uitzondering is gemaakt. Voor dezen is zoodanige schenking geldig onder de daarvoor gemaakte bepalingen; en in het algemeen is dat eene schenking, waarbij aan den tweeden begiftigde wordt toegekend, wat de eerste van het geschonkene onvervreemd en onverteerd zal overlaten, volgens art. 928 en de achtste afdeeling.

Waar bepalingen, voor een zeker onderwerp geschreven, eenvoudig op een ander onderwerp toepasselijk worden verklaard, kan ligt aanleiding ontstaan tot vragen, en tot stellingen die bedenkelijk geacht kunnen worden; en vooral kan dit het geval zijn, waar het niet slechts bijzondere artikelen, maar geheele afdeelingen betreft, zoo als hier het geval is met de zevende afdeeling van den in art. 1712 genoemden titel. Men zal daarbij rekening dienen te houden met den verschillenden aard der onderwerpen, met name van erfstelling of making en schenking. Het is niet noodig hier al de bepalingen dier afdeeling te bespreken, maar toch dient gewezen te worden op art. 1025, waar gezegd is, dat hij die eene geoorloofde erfstelling over de hand maakt, bij uitersten wil of bij eene latere notariële akte, het goed zelf gedurende den tijd van het bezwaar onder het beheer kan stellen van een of meer bewindvoerders. Nu heeft men, mede naar aanleiding der zoo even gemaakte opmerking, die bepaling aldus willen toepassen, dat de schenker, ook wanneer hij den eersten begiftigde het beheer gelaten heeft, toeh later, als hij dat dienstig acht, het hem ontnemen en zich zelven of een bewindvoerder daarmede belasten kan; dat hij dien begiftigde het beheer gedurende zijn leven kan laten behouden, en tevens zorgen dat het na diens overlijden aan bewindvoerders komt enz., en dat dit een en ander geschieden kan bij een uitersten wil of eene notariële akte (1). Die toepassing komt mij echter onaannemelijk voor. Art. 1025 is geschreven voor erfstellingen of makingen, die eerst bij den dood des erflaters in werking treden, en ten gevolge waarvan de bezwaarde erfgenaam of legataris dan ook in het bezit treedt

(1) Zie *Regt en Wet*, I, bl. 590—594.

overeenkomstig de bepalingen, die dan omtrent zijn genot gelden. Maar anders is dat met eene schenking, die den begiftigde het het genot terstond geeft, overeenkomstig de daaromtrent gemaakte bepalingen, en wel onherroepelijk; waaruit volgt, dat hem, wanneer hij bij en door de schenking het beheer heeft verkregen, dat later zonder zijne toestemming niet meer door den schenker ontnomen kan worden (1).

Art. 1712 verklaart ook art. 929 toepasselijk, en zoo zal dus ook eene schenking van waarde zijn, waarbij, voor het geval dat de eerstgenoemde begiftigde daarvan geen genot zal hebben, dit aan een ander wordt toegekend. Men mag daarbij veronderstellen, dat ook deze tot de schenking zal zijn toegetreden en haar zal hebben aangenomen. De bepaling zal voorts zeker voor schenkingen, bestemd om terstond en bij het leven van den schenker te werken, minder toepassing vinden dan bij uiterstewils-beschikkingen, die eerst bij het overlijden van den beschikker in werking zullen treden.

Art. 1712 noemt niet art. 930, dit was ook om art. 1706 overbodig (2). Maar wel is art. 931 toepasselijk verklaard, en daardoor beslist, dat ook bij schenking het geschonkene of een deel daarvan niet onvervreemdbaar kan worden gemaakt; en tevens, dat eene daartoe strekkende verklaring de schenking niet van onwaarde doet zijn, maar eenvoudig zelve als niet geschreven zal worden beschouwd.

Art. 1712 noemt nog art. 941, en verklaart ook dit op schenkingen toepasselijk. Indertijd werd raadzaam geacht dat artikel hier gewijzigd naar het onderwerp in te voegen, en eene eenvoudige verwijzing daarop voor schenkingen als minder aannemelijk voorgesteld, maar zonder dat daarvoor bepaalde redenen werden opgegeven. Aan de opmerking is niet voldaan; de Regering meende, dat art 941 niet uitdrukkelijk behoefde herhaald te worden, en dat het voldoende was zich daaraan te gedragen, om teweeg te brengen, dat ten opzigte van den schenker en den begiftigde of gesubstitueerde, bij gelijktijdig

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 274 en v.

(2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 334.

overlijden, dezelfde regelen gelden, als ten aanzien van den erflater en den erfgenaam, legataris en gesubstitueerde zijn voorgeschreven (1). Wat nu de toepasselijkheid dier bepaling zelve betreft, wij hebben daarvan reeds een voorbeeld opgemerkt bij de bespreking van het regt van terugkeering naar aanleiding van art. 1709 (2). Zoo zal zij ook te pas kunnen komen in geval eener geoorloofde schenking over de hand, met name van die, waarbij aan een tweeden begiftigde werd toegekend al wat de eerste bij zijn overlijden van het geschonkene onvervreemd en onverteerd zal achterlaten. Het gelijktijdig sterven van beiden zal nu teweeg kunnen brengen, dat de een niet kan verkrijgen wat de ander nalaat, dat hetgeen is overgebleven niet op genen kan overgaan, en dat het dus niet aan den boedel van den eersten begiftigde zal worden onttrokken, maar daarmede op diens erfgenamen zal overgaan (3).

Al geschiedt schenking om niet, zoodat het geschonkene aan den begiftigde zal worden overgedragen, zonder dat hij zijnerzijds daarvoor iets in de plaats behoeft te geven aan den schenker, daardoor wordt niet belet, dat deze in het algemeen aan zijne schenking zoodanige verpligtingen verbinden kan, als hij verkiest en de begiftigde in verband daarmede op zich wil nemen (4). De schenker kan den ander belasten met de betaling van schulden, hij kan hem ook lasten opleggen van anderen aard, zoo maar die schulden en lasten bepaald zijn opgegeven, zoodat al dadelijk vast staat en ook voor den begiftigde zeker is, gelijk wat hij zal verkrijgen, zoo ook waartoe hij zich verbindt. Het een en het ander is verzekerd door de bepaling van art. 1707.

Hier wordt gezegd, dat eene schenking nietig is, indien zij gemaakt is onder voorwaarde, of liever met den last — want

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 334 en v.

(2) Zie hierboven, bl. 459.

(3) Verg. echter ook OPZOOMER, A, III, bl. 180, 2e uitg., II, bl. 195; B, IX, bl. 273.

(4) De door OPZOOMER, B, IX, bl. 262, gestelde voorwaarde: „zoo maar diens voordeel er niet door ophoudt te bestaan", komt, geloof ik, daarbij niet te pas.

daaraan hebben wij hier te denken, en niet aan eene voorwaarde in engeren zin — om andere schulden of lasten te voldoen dan die, welke uitgedrukt staan in de akte van schenking zelve, of in eenen staat, welke daaraan zal moeten worden vastgehecht. Die staat kan authentiek, maar ook onderhandsch zijn, de wet vordert het eerste niet; in allen gevalle blijft hij, ten gevolge der vasthechting aan de akte van schenking, met de minute van deze bewaard, en even als zij zelve voor inzage en afschrift vatbaar.

Het vereischte is bepaald en algemeen; het geldt gelijkelijk voor reeds bestaande en voor toekomstige lasten, voor schulden welke reeds zijn, en voor die welke nog zullen worden gemaakt. Het is bij ons meer bepaald en algemeen gevorderd, dan in art. 945 C. N. (1). Lasten en schulden, die nog niet bestaan, maar te voorzien en te verwachten zijn, kunnen even goed als bestaande in de akte of den staat opgegeven worden, en ten aanzien der laatste is even goed van belang dat ze behoorlijk geconstateerd zijn. De begiftigde kan even goed met de eerste belast worden, en daartegen bestaat te minder bezwaar, omdat hij, zoo ze eens niet mogten ontstaan, natuurlijk daarvan ontheven is. Het komt er maar op aan, dat niets van hem gevergd kan worden, waarop hij niet kon en moest rekenen; en daartegen waarborgt hem het gestelde vereischte.

Bij gebreke hiervan is de schenking nietig. Natuurlijk geldt dit, waar de last is opgelegd om al de schulden te voldoen, die de schenker zal nalaten, die immers niet zijn opgegeven en zelfs niet vatbaàr zijn om opgegeven te worden (2); maar het geldt ook van schulden en lasten, die wel konden worden, doch niet zijn opgegeven, zelfs dan, wanneer ze den begiftigde niet onbekend waren (3). De schenking is nietig; op grond

(1) Volgens art. 945 is de schenking nietig, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, *ou* qui seraient exprimées soit dans l'acte etc.

(2) Zie een antwoord der Regering op eene vrij noodelooze vraag bij VOORDUIN, V, bl. 330; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 905.

(3) Verg. ook GRENIER, I, n. 47; DEMOLOMBE, XX, n 434 en v., 438 en v.

daarvan kan dus geene betaling of uitvoering van den begiftigde gevorderd worden. En de schenking is nietig; niet alleen de oplegging van den last, zoodat deze als niet opgelegd beschouwd zal worden, maar de schenking zelve, die nu eenmaal niet anders dan met dien last geschied is, en daarom ook niet zonder dezen in stand gehouden moest worden; de schenking in haar geheel, zonder dat daarbij eene splitsing of uitzondering te pas mag komen.

Gaan wij nu meer bepaald na, hoe eene schenking tot stand komt, dan valt er al aanstonds een groot verschil op te merken tusschen de giften van hand tot hand, waarvan art. 1724 spreekt, waarbij alles op zeer eenvoudige wijze afloopt, en andere schenkingen, die door de wet op den voorgrond worden gesteld, en het voorwerp van behandeling uitmaken van verscheidene bepalingen. Ook wij dienen met de laatstbedoelden te beginnen.

Men kan zeggen, dat eene schenking begint met eene schenking, wanneer men hieronder verstaat de eenzijdige handeling van den schenker, waardoor deze eenig goed aan een ander toezegt. Uit die eenzijdige handeling ontstaat eerst eene schenking, in den zin eener overeenkomst, door hare aanneming, en deze kan even goed terstond als na eenig tijdsverloop op haar volgen, maar, hetzij het eerste of het laatste plaats vindt, in allen gevalle moet toch de handeling van den schenker aan de aanneming voorafgaan. En zij, die ook zelve schenking genoemd wordt — een woord dat ook meer bepaaldelijk aan de daad van den schenker denken doet — brengt ook, zonder nog door aanneming gevolgd te zijn, eenig regtsgevolg teweeg, en verdient daarom ook, afgescheiden van die aanneming, eene bijzondere bespreking, gelijk zij ook op zich zelve het onderwerp is eener afzonderlijke bepaling.

Met betrekking daartoe zegt art. 1719, dat geene schenking, uitgezonderd degene waarvan in art. 1724 wordt gehandeld, anders gedaan kan worden dan bij eene notariële akte, waarvan de minuut onder den notaris is verbleven, en wel op straffe van nietigheid. De wet vordert hier, gelijk ook in art. 1720*a*

en *b*, bepaaldelijk eene notariële of authentieke akte; niet ter wille van het bewijs, daar immers volgens art. 1912 een onderhandsch geschrift, zoo het maar is of gehouden kan worden voor erkend door de tegenpartij, ten aanzien van de onderteekenaars en hunne erfgenamen en regtverkrijgenden hetzelfde volledig bewijs oplevert als eene authentieke akte. Ook niet uit tegenzin tegen of geringe ingenomenheid met de schenking (1), die toch in het algemeen geene bijzondere tegenwerking verdient boven andere overeenkomsten, vooral niet, wanneer de nadeelige gevolgen, die er van te vreezen kunnen zijn, door bijzondere bepalingen zijn afgeweerd. Maar veelmeer om overijling te voorkomen, waardoor anders zoo ligt onder den invloed eener stemming van het oogenblik eene daad verrigt zou kunnen worden, waarop het berouw misschien zeer spoedig volgen zou, terwijl nu niet alleen de bijzondere voorzorg van den wetgever aan het gewigt der handeling kan doen denken, maar ook de tijd, die er verloopen moet voordat de notaris met de getuigen tot het opmaken der akte gereed is, althans tot eenig nadenken gelegenheid geeft. En al is nu de schenking als eenzijdige handeling van den schenker voor dezen nog niet verbindend, zoolang de aanneming niet is gevolgd, zoo moest toch, omdat deze, onafhankelijk van zijne medewerking, ieder oogenblik volgen kan, al aanstonds ten aanzien van zijne daad die voorzorg genomen worden. Bovendien ligt daarin ook een waarborg voor de volkomene vrijheid van den schenker, die in het bijzijn van notaris en getuigen zeker minder zal handelen onder den invloed van eenigen dwang.

De eisch eener notariële akte is algemeen (2). Terwijl volgens art. 2373 Ontwerp van 1820 donatiën in het algemeen gedaan

---

(1) Verg. hierboven, bl. 427.

(2) Dat neemt intusschen niet weg dat, ook volgens art. 10 A. B., eene schenking, in een vreemd land gedaan van onroerend goed in Nederland gelegen, geldig zijn zal, wanneer daarbij de vorm in acht is genomen, daarvoor in dat land voorgeschreven. Verg. *Regtsg. Adviezen*, V, bl. 130—136; Gelderland 6 Mei 1856, *N. R. B.*, VI, bl 581 en v., 588 en v. Anders Zutphen 15 Februarij 1855, ald. bl. 583 en v.; *W.* 1765.

zouden kunnen worden op allerlei wijzen waarop overeenkomsten worden aangegaan, behalve dat onroerende goederen niet dan bij schriftelijke akte gedonateerd kunnen worden, zoodat daarvoor dus ook eene onderhandsche voldoende zijn zou, werd vervolgens naar aanleiding van een vraagpunt van stellig regt beslist, dat elke schenking of aanneming daarvan bij authentieke akte moet geschieden (1), en daarmede is nu art. 1719 in overeenstemming. En terwijl volgens art. 38 der Wet op het notarisambt de notarissen verpligt zijn minuut op te maken van alle te hunnen overstaan verledene akten, behalve van de daar uitgezonderde, ten aanzien waarvan de uitgifte in originali, gelijk het daar heet, d. i. de afgifte van het oorspronkelijk stuk, is toegelaten, is met gelijke bedoeling ook hier gevorderd, dat van de akte de minuut onder den notaris moet zijn verbleven (2).

Dat een en ander is gevorderd op straffe van nietigheid. En die nietigheid is volstrekt, en kan door ieder die er belang bij heeft worden ingeroepen, met name ook door den schenker en zijne erfgenamen. Geen registratie of overschrijving in de registers kan aan eene onderhandsche of niet naar eisch behandelde notariële akte gelijke waarde geven. Hare nietigheid kan ook niet gedekt worden, zelfs niet door eene latere akte van erkentenis van den schenker, al was die ook eene notariële; in art. 1930 (3) is uitdrukkelijk gezegd, dat een schenker door geene akte van bevestiging de gebreken kan verhelpen eener schenking die nietig is in den vorm, maar dat de schenking, om geldig te zijn, op nieuw in den wettigen vorm gebragt, of

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 339 en v.

(2) In het ontwerp, en ook nog in art. 1726 Wetb. v. 1830, werd gevorderd dat eene minuut der akte onder den notaris moet blijven berusten. Omdat daaruit zou kunnen worden afgeleid, dat, wanneer die minuut eens bij den notaris verloren ging, dit verlies de nietigheid der schenking ten gevolge zou hebben, wat den begiftigde onbillijk benadeelen zou, is bij de herziening de redactie veranderd. Zie VOORDUIN, V, bl. 341.

(3) Verg. daarover hierboven, II, bl. 206 en v.

liever in den wettigen vorm op nieuw gedaan moet worden (1). En de bepaling van art. 1931 dient enkel om de erfgenamen of regtverkrijgenden, die na zelve regtstreeks bij de zaak betrokken te zijn de schenking bevestigd, bekrachtigd of vrijwillig nagekomen hebben, de bevoegdheid te ontzeggen van daarop later terug te komen (2).

De wet spreekt enkel van den vorm, niet over den inhoud der akte van schenking. Dat daarin moet vermeld staan door en aan wien, en wat geschonken wordt, is niet twijfelachtig, maar hoe het geschiedt, is, bepaaldelijk ook wat het laatste betreft, niet onverschillig. Nu is ten aanzien van onroerende goederen in art. 37 der Wet op het notarisambt gezegd, dat de gebouwde en ongebouwde eigendommen in alle akten, bestemd om in de registers der bewaring van de hypotheken te worden ingeschreven, overgeschreven enz. — en dit is met de akten van schenking het geval — moeten worden aangeduid met opgave van de gemeente, de sectie en het nummer, waaronder elk perceel in de schrifturen van het kadaster bekend is enz.; doch bij gebreke daarvan verbeurt de notaris slechts eene niet zeer groote boete, de akte verliest daardoor niets van hare kracht. Ten aanzien van roerende goederen bepaalt art. 948 C. N., dat die akte niet geldig zal zijn, que pour les effets dont un état estimatif, signé etc. aura été annexé à la minute de la donation. Bij ons is die bepaling weggelaten; en toen naar de reden hiervan werd gevraagd, gaf de Regering als zoodanig op, dat het art. als overbodig was beschouwd, omdat het van zelf spreekt, dat geene gift kan bestaan, tenzij het voorwerp der gift is uitgedrukt en omschreven (3); alsof het dan onverschillig is, op welke wijze dit is geschied. Nu is zeker zoodanige

---

(1) Zoo bepaalde art. 1940 Wetb. v. 1830, in overeenstemming met art. 1339 C. N. Bij de herziening is de redactie veranderd; zie VOORDUIN, V, bl. 505. De reden hiervan is, zoo ver ik weet, niet opgegeven, en mij ook niet duidelijk.

(2) Verg. hierboven, II, bl. 207 en v.

(3) Zie VOORDUIN, V, bl. 340 en v.; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 908.

état estimatif, den staat der enkele voorwerpen vermeldende met hunne geschatte waarde (1), van wezenlijk belang, op gelijke wijze als de staat, waarvan art. 1707 de vasthechting aan de akte van schenking vordert, wanneer de daar bedoelde schulden en lasten niet in die akte zelve zijn opgegeven. Intusschen is zoo iets door onze wet niet gevorderd, en is dus de schenking en de daarvan opgemaakte akte geldig, wanneer het geschonkene maar op eenige wijze is aangeduid, b. v. onder de uitdrukking van de roerende goederen die zich in zeker huis of vertrek bevinden, den daarin aanwezigen inboedel enz.

De wet spreekt ook niet van schenking door een gemagtigde, terwijl zij dat in art. 1720 wel doet van de aanneming. Men kan daaruit niet afleiden dat eene schenking op die wijze niet is toegelaten, wanneer men bedenkt dat de bevoegdheid om een ander voor zich te laten optreden niet tot bepaalde handelingen is beperkt, en ook ten aanzien van andere niet uitdrukkelijk wordt toegekend, en dat het stilzwijgen der wet daarover te dezer plaatse zich ook nog zou laten verklaren uit het feit, dat eene schenking bij gemagtigde zoo ooit dan toch zeker bijna nooit zal voorkomen, omdat daartoe bij die eenzijdige handeling, waarbij de andere partij niet tegenwoordig behoeft te zijn, naauwelijks aanleiding kan bestaan. Dit is anders ten aanzien eener aanneming, en toch zou misschien ook daarbij van geene magtiging zijn gesproken, zoo men hiertoe geene authentieke volmagt had willen vorderen. Hiervan is nu natuurlijk met betrekking tot de schenking almede geen sprake. Daaruit af te leiden, dat dus de volmagt hiertoe niet bij authentieke akte gegeven behoeft te worden om de schenking geldig te doen zijn (2), zou bedenkelijk wezen, waar in art. 1719, 1720*a* en 1720*b* telkens eene zoodanige gevorderd wordt, en men, haar niet noodig achtende omdat de wet er niet van spreekt, niet

(1) Verg. daarover GRENIER, I, n. 169; TOULLIER, V, n. 180 en v.; DURANTON, VIII, n. 404 en v.; DEMOLOMBE, XX, n. 352 en v. — De officiële vertaling sprak, vreemd genoeg, van „een staat van begrooting." Zou dit misschien ook aanleiding gegeven kunnen hebben om minder belang in de zaak te doen stellen?

(2) Zoo meende ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 99.

alleen eene onderhandsche, maar ook eene mondelinge volmagt voldoende zou moeten achten. Ik geloof daarom, met het oog op de genoemde bepalingen, ook voor de geldigheid eener schenking bij gemagtigde eene authentieke volmagt te moeten vorderen (1); en ik doe dat, minder nog om hetgeen omtrent eene volmagt tot aanneming gezegd is, dan wel om het voorschrift van art. 1719; waarvan het doel inderdaad verijdeld zou kunnen worden, zoo men mondeling of bij onderhandsche akte iemand magtigen kon om bij eene notariële akte eene schenking te doen. Nu moge de tusschenkomst van een gemagtigde hierbij niet bevorderd worden, wanneer daarvoor eene authentieke akte noodig is, om de notariële, waarop het aankomt, mogelijk te maken, dit behoeft geen bezwaar op te leveren, en mag niet terughouden van eene stelling, die wel niet door de letter, maar toch door den geest der wet gevorderd wordt.

De schenking van den schenker moet, om als overeenkomst tot stand te komen, worden aangenomen door of voor den begiftigde. „Geene schenking," zegt art. 1720*a*, „is voor den schenker verbindende, of brengt eenig gevolg hoegenaamd te weeg, dan van den dag" enz. Bij die uitsluiting van alle gevolg hoegenaamd, zullen wij hebben te denken aan eenig gevolg dat de tot stand gekomen schenking hebben kan. De eenzijdige daad van den schenker heeft immers wel degelijk dit gevolg, dat zij door aanneming gevolgd kan worden, en, zoo deze maar in tijds geschiedt, zonder verdere medewerking van hem en onafhankelijk van zijne gezindheid tot stand kan komen (2); art.

(1) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 659, bl. 29, n. 3; DEMOLOMBE, XX, n. 26, 29 en v.

(2) Verg. hierboven, bl. 416. — Ik kan daarom niet instemmen met OPZOOMER, B, IX, bl. 294, wanneer hij zegt: eene schenking heeft geen gevolg enz., en er in n. 2 bijvoegt: „Ons artikel is, evenals art. 932 § 1 C. C., met dien algemeenen term niet tevreden, maar voegt er nog bij, dat de schenking niet verbindende is voor den schenker. Wat in het geheel geen gevolg heeft, dat heeft natuurlijk ook dit gevolg niet." Zijn algemeene term is te algemeen, en de wet voegt ook niet daarbij de ontkenning der verbindende kracht, maar bij deze de ontzegging van ander gevolg.

1720 dient dan ook enkel om te bepalen, hoe, waardoor en wanneer zij tot stand komt.

Art. 1720 schrijft voor, dat de aanneming in uitdrukkelijke bewoordingen zal geschieden (1). Het is niet noodig, dat daarbij juist van aanneming wordt gesproken, maar het is ook niet voldoende, dat uit de verklaring van den begiftigde in verband met zijne onderteekening kan worden afgeleid dat hij de schenking aanvaardt; dit moet door de gebezigde woorden ondubbelzinnig zijn te kennen gegeven. Er is intusschen op dien regel eene uitzondering gemaakt in art. 225 en 232, voor het geval van schenkingen ter zake eens huwelijks, bij huwelijks-voorwaarden gedaan (2). Maar dat is ook de eenige uitzondering; ten aanzien van kwijtschelding, van giften ten voordeele van een derde bij eenige overeenkomst bedongen (art. 1353), en van vestiging eener lijfrente om niet ten behoeve van een derde, waarvoor het geld door een ander geschoten wordt (art. 1815) (3), moet daarvan geen sprake zijn, omdat we daarbij met geen schenking te maken hebben.

Geschiedt de aanneming terstond bij de schenking, zoo kan zij met deze in dezelfde akte worden opgenomen, die dan dus de overeenkomst als het werk van beide partijen constateert. Doch de aanneming kan ook later volgen, mits, zoo als art. 1720*b* uitdrukkelijk vordert, gedurende het leven van den schenker; en dan is volgens diezelfde bepaling voor die handeling ook weder eene notariële akte noodig, waarvan eene minuut moet worden gehouden. Want al wordt daar, schijnbaar minder bepaald, van eene authentieke akte gesproken, toch blijkt uit art. 1 der Wet op het notarisambt, dat wij daarbij aan eene notariële moeten denken.

---

(1) De daaraan verbonden moeite is, dunkt mij, te gering, dan dat daarbij sprake moet zijn van een strengen eisch, en dat men het voorschrift zou moeten toeschrijven aan tegenzin tegen schenkingen, en dien als den eenigen grond daarvan beschouwen; zie OPZOOMER, B, IX, bl. 294.

(2) Verg. hierboven, IV, bl. 371, 382.

(3) Verg. VAN ASSEN, *Leiddraad*, § 394, bl. 431.

Maar met die akte is de schenking nog niet tot stand gekomen; deze zal volgens art. 1720*b* ten aanzien van den schenker slechts van kracht zijn van den dag, waarop de aanneming aan hem zal zijn beteekend geworden. En nu moge het waar zijn, dat in het algemeen, waar een aanbod of voorstel eenerzijds en de aanneming daarvan niet gelijktijdig plaats hebben, de overeenkomst niet voltooid is voor dat de aanneming der eene ook aan de andere te kennen is gegeven (1), het is niet minder waar, dat het niet dit is, wat hier gevorderd wordt. De wet eischt niet enkel dat de aanneming aan den schenker kenbaar of bekend is gemaakt, maar bepaaldelijk dat zij hem moet zijn beteekend; en dit is wel degelijk iets bijzonders, dat niet ook voor andere overeenkomsten gelijk voor schenkingen geldt. Eene andere kennisgeving, door middel van den telegraaf, in een brief of mondeling gedaan, is niet voldoende. — De wet vordert eene beteekening, van de aanneming, niet van de daarvan opgemaakte akte; deze behoeft daarom niet in het exploit opgenomen of daarbij overgelegd te worden. Maar de beteekening veronderstelt een deurwaarders-exploit, eene akte dus van een ambtenaar, eene authentieke akte; en hierdoor is niet alleen het feit der tekennengeving, maar ook de tijd waarop zij geschied is, op vertrouwbare wijze geconstateerd.

De wet zegt in art. 1720*b*, dat de aanneming slechts van den dag harer beteekening af van kracht zal zijn ten opzigte van den schenker. Uit dit bijvoegsel valt niet af te leiden, dat zij het ook wel vroeger is of zijn kan ten aanzien van anderen; ten behoeve van dezen is immers ook juist de gevorderde beteekening van zooveel belang. De bedoeling is veelmeer, dat zij het dan eerst is ook voor den schenker, terwijl diens bevoegdheid of bekwaamheid ook naar dat tijdstip zal moeten worden beoordeeld (2). De wet zegt niet uitdrukkelijk, dat, gelijk de aanneming, zoo ook hare beteekening noodwendig gedurende het leven van den schenker moet geschieden. Maar zij vordert dan toch eene beteekening aan den schenker, die

(1) Zie OPZOOMER, B, IX, bl. 297 en v.

(2) Verg. DEMOLOMBE, XX, n. 138.

na zijn dood niet meer geschieden kan, ook niet aan een voogd, een gemagtigde of een anderen vertegenwoordiger, wier betrekking immers door zijn overlijden vervallen is. Het ligt ook in den aard der zaak, dat eene schenking, die bij zijn leven niet tot stand is gekomen, na zijn overlijden niet meer tot stand komen kan, dan uit kracht eener bijzondere wetsbepaling, als die van art. 1722*c*. En eene schenking, die eerst door de beteekening harer aanneming aan den schenker ten opzigte van dezen van kracht zou zijn, kan ten aanzien zijner erfgenamen en regtverkrijgenden geen kracht erlangen, die zij voor hem zelven nooit gehad heeft.

Voor de geldigheid der aanneming is noodig, dat zij geschiedt door iemand die daartoe de bekwaamheid bezit. Deze bekwaamheid is eene geheel andere dan die om bij wijze van schenking iets te verkrijgen. Zij is die, welke in het algemeen noodig is om overeenkomsten te kunnen aangaan, en wordt dus bepaald door art. 1365 en v. Is de begiftigde zelf daartoe bekwaam, zoo kan hij ook zelf de schenking aannemen; is hij dat niet, zoo kan dit slechts geldig geschieden door eenen wettigen vertegenwoordiger.

In het eerste geval, maar dàn ook alleen, kan de aanneming ook geschieden door een gemagtigde van den begiftigde; terwijl het dan, gelijk in het algemeen volgens art. 1835, zoo ook hier, op diens eigen bekwaamheid niet aankomt. De wet stelt daarvoor echter tweeërlei vereischte, wat den vorm en wat den inhoud der volmagt betreft.

De volmagt moet, volgens art. 1720*a*, gegeven zijn bij eene authentieke, dat is ook hier weder, volgens art. 1 der Wet op het notarisambt, eene notariële akte. Maar hier wordt niet gevorderd, dat daarvan eene minuut zal worden gehouden of onder den notaris moet zijn verbleven. En niet alleen dat dit niet uitdrukkelijk gevorderd is, maar de Wet op het notarisambt zegt ook in art. 32, dat de volmagten, waaruit de handelende personen hunne bevoegdheid ontleenen, aan de minuten zullen worden vastgehecht, en zondert in art. 38 van de verpligting der notarissen om van alle te hunnen overstaan verleden akten minuut op te maken onder anderen ook de akten

van volmagt of magtiging uit, met bepaling, dat die in origināli, en dus zelve, in tegenstelling van een afschrift, kunnen worden uitgegeven. Maar eene notariële akte is voor de volmagt zoo zeer noodig, dat de aanneming, zoo zij uit kracht eener mondeling of bij onderhandsche akte gegeven magtiging is geschied, als niet bestaande te beschouwen is, immers de schenking niet voor den schenker verbindende kan maken, evenmin als die, welke zonder volmagt bij wijze van zaakwaarneming gedaan is. Er kan daarna wel eene geldige aanneming, hetzij door den begiftigde zelven, hetzij door een deugdelijk gemagtigde, volgen, maar eene enkele goedkeuring eener aanneming, gedaan door iemand die niet naar eisch gemagtigd was, kan het gebrek van deze niet verhelpen (1).

De wet vordert voorts eene volmagt om schenkingen aan te nemen, welke aan den begiftigde — dat is aan hem, die de volmagt gaf — gedaan zijn, of in het vervolg mogten gedaan worden. Aan den eenen kant is dus eene algemeene magtiging of lastgeving, in den zin van art. 1832, tot alle zaken van den lastgever betrekkelijk, maar waarbij van schenking geen sprake is, en die zich volgens art. 1833*a* alleen uitstrekt tot daden van beheer, niet voldoende. Aan den anderen kant is het ook niet noodig, dat de volmagt gegeven is voor eene bepaalde schenking, die reeds gedaan is of verwacht wordt (2). De bedoeling der wet is even — en vooral niet minder — algemeen als hare uitdrukking; zij vordert eenvoudig eene volmagt tot het aannemen van schenkingen, en deze geldt dan voor alle schenkingen, die reeds zijn of nog zullen worden gedaan. Het was dan ook wel van belang dat eene zoo ruime magtiging kan worden gegeven, omdat het zeer mogelijk is dat anders eene schenking, die aan den lastgever gedaan wordt, niet tijdig zou kunnen worden aangenomen.

Ten aanzien van getrouwde vrouwen is in art. 1721 gezegd,

---

(1) Verg. GRENIER, I, n. 60; TOULLIER, V, n. 192; DURANTON, VIII, n. 425; DEMOLOMBE, XX, n. 158 en v.

(2) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 296. Zie ook de beraadslaging van den Conseil d'état in *Confér. du C. C.*, IV, bl. 253.

dat schenkingen, aan haar gedaan, niet anders kunnen worden aangenomen, dan overeenkomstig de bepalingen van den zesden titel van het eerste boek van dit wetboek; en dus met bijstand of magtiging van den man, of, bij gebreke daarvan, met magtiging van den regter. Zeker zullen wel giften, zoo als in art. 1715*b* bij uitzondering zijn toegelaten, wanneer ze door den man aan de vrouw gedaan zijn, daardoor van zelf genoegzame magtiging tot aanneming medebrengen, maar voor het overige is art. 1721 van algemeene toepassing. En al kan die behoefte aan bijstand of magtiging de aanneming vertragen, en daardoor ten gevolge hebben dat deze niet tijdig kan geschieden en de vrouw dus van het haar toegekende verstoken zal blijven, omdat dit te haren aanzien niet is afgeweerd, gelijk ten behoeve van minderjarigen geschied is door art. 1722*c*; men mag daarom voor zoodanig geval geene eigenmagtige aanneming door de vrouw als voldoende beschouwen, noch ook tot haar uitstrekken, wat alleen in het belang van minderjarigen is ingevoerd. Want al bestond er gelijke aanleiding tot zoodanige bepaling ten behoeve van getrouwde vrouwen, al vindt men geene reden waarom de wetgever wel minderjarigen, maar niet ook haar tegemoet zou hebben willen komen, en al is het nalaten hiervan alleen daaraan te wijten, dat er niet aan gedacht is, dit kan geen vrijheid geven om, wat met afwijking van den algemeenen regel in het voordeel van den een is bepaald, tevens te laten gelden voor een ander, ten voordeele van wien het niet is bepaald (1).

Heeft nu, in weerwil van art. 1721, eene getrouwde vrouw zonder bijstand of magtiging eene aan haar gedane schenking aangenomen, zoo kunnen zij zelve, de man en hunne erfgenamen zich beroepen op het gebrek, dat hare aanneming aankleeft. Maar kan dat ook de schenker, of is hij desniettemin door deze verbonden? Er zijn, die het eerste beweren (2), en

---

(1) Anders echter VERNEDE, op art. 1721 B. W. Verg. SCHÖLLER, op art. 1722 B. W.

(2) Zie GRENIER, I, n. 61; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 652, bl. 22 en v. en n. 9. In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, I, n. 744, VIII, n 105, was ik ook van die meening.

men kan daarvoor op art. 1721 wijzen, 'twelk zegt, dat schenkingen, aan eene getrouwde vrouw gedaan, niet anders kunnen worden aangenomen dan enz. Er zijn ook, die het laatste stellen (1), en men kan zich daarvoor beroepen op art. 171 en 1367. Het komt mij voor, dat noch het eene, noch het andere gevoelen als het ware beschouwd moet worden, maar dat men zal moeten onderscheiden, en tot die onderscheiding ook in de genoemde bepalingen aanleiding kan vinden. Wanneer schenking en aanneming gelijktijdig plaats hebben en in eene en dezelfde akte worden geconstateerd, zoo zal de schenker ten gevolge der niet behoorlijk gedane aanneming even goed verbonden zijn. In art. 1367*b* is even algemeen als stellig bepaald, dat de personen, die bekwaam zijn om zich te verbinden, zich niet kunnen beroepen op de onbekwaamheid der getrouwde vrouwen, met welke zij gehandeld hebben, en daarop is voor schenkingen in de wet geene uitzondering gemaakt. Wanneer daarentegen de aanneming eerst na de schenking is geschied, bij eene afzonderlijke akte, en alzoo buiten den schenker om heeft plaats gehad, dan wordt deze niet belet zich op het gebrek te beroepen, en op grond daarvan te beweren, dat hij door zoodanige aanneming niet verbonden werd. In art. 1721 toch is ook uitdrukkelijk bepaald, dat schenkingen, aan eene getrouwde vrouw gedaan, niet anders kunnen worden aangenomen dan zoo als daar is aangeduid. En art. 1367*b* kan daartegen niet aangevoerd worden, omdat de schenker, zelf bekwaam om zich te verbinden, wel in het voordeel en tot begunstiging van, maar niet met de vrouw gehandeld heeft, en die bepaling dus niet op hem toepasselijk is. En al is nu in art. 171 nog zoo algemeen gezegd, dat de nietigheid der handeling, gegrond op het ontbreken der magtiging, alleen kan worden ingeroepen door de vrouw, den

---

(1) Zie NIENHUIS, *Voorl.*, I, bl. 396 en v., 400, n. 3; DAV. H. L(EVYSSOHN), in *Themis*, VIII, bl. 626; Mr. A. A. DE PINTO, in *Themis*, 2, I, bl. 437 en v.; OPZOOMER, B, IX, bl. 303 en v., die daarbij telkens van eene relatieve, in tegenstelling van eene absolute nietigheid spreekt; TOULLIER, II, n. 661, V, n. 193; DURANTON, II, n. 511, VIII, n. 435; DEMOLOMBE, IV, n. 348.

man en hunne erfgenamen, ik geloof niet, dat dit met grond kan worden aangevoerd tegen dat art. 1367, 'twelk eveneens eene bepaling is der wet, en waarin het onderwerp onbetwistbaar meer opzettelijk behandeld en ontwikkeld is.

Ten aanzien van minderjarigen maakt art. 1722 onderscheid, of ze onder de ouderlijke magt of onder de voogdij staan (1); eene onderscheiding, die tot eene eenvoudige maar tevens gepaste en redelijke regeling geleid heeft (2).

---

(1) Verg. over de tegenstelling van die beide betrekkingen, die niet nevens elkander kunnen bestaan, maar waarvan de eerste bij den dood van een der ouders voor de andere plaats maakt, hierboven, V, bl. 238—249.

(2) Art. 935 C. N. luidt: La donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit devra être acceptée par son tuteur, conformément à l'article 463 etc. Le mineur émancipé pourra accepter avec l'assistance de son curateur. Néanmoins les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui. En gelijke bepaling hield ook art. 1729 Wetb. v. 1830 in. Bij de herziening heeft zij eene groote verandering ondergaan. In de memorie van toelichting lezen wij daarover o. a. dit: „Men heeft vermeend, dat de vader, de moeder of de voogd, de eenige wettige beoordeelaars behooren te zijn, of het aannemen of verwerpen eener gift al of niet met de belangen van den minderjarige strookt; en dat het hoogst onbetamelijk en tegen alle beginselen strijdig zoude zijn, om aan anderen, buiten de ouders en den voogd, eene magt toe te kennen, waardoor zij welligt den onmondige zonden kunnen benadeelen;" zie VOORDUIN, V, bl. 344, n. V. Nu is daartegen wel opgemerkt, dat „er geene bijzondere reden schijnt te zijn om het aannemen van schenkingen door ascendenten te verwerpen. Niet alleen kunnen er gevallen zijn, waarin de schenker, om redenen, uit de omstandigheden der ouders ontleend, liever aan de grootouders zoodanige schenkingen doet(?), bij welke immers de conjectura pietatis" (zoo staat er) „evenzeer tot waarborg verstrekt, dat zij die niet zullen aannemen onder bezwarende omstandigheden"; zie VOORDUIN, V, bl. 344 en v., n. VI; maar daaraan is geen gevolg gegeven, en teregt. Die verdere adscendenten moeten niet kunnen ingrijpen in een bestuur, dat aan anderen als wettelijke vertegenwoordigers der minderjarigen

In het eerste geval, en dus gedurende het leven der beide ouders, al is hun huwelijk ook op eene andere wijze dan door den dood van een hunner ontbonden, kan volgens art. 1722*a* eene schenking, aan een minderjarige gedaan, door den vader worden aangenomen. En deze bepaling verdient in meer dan één opzigt onze opmerking. Vooreerst geeft zij niet alleen de bevoegdheid van den vader tot die aanneming te kennen, maar dient zij om hem aan te wijzen als dengene, door wien zoodanige schenking in den regel kan en moet worden aangenomen. En in zoo ver is zij in overeenstemming met die van art. 355*a*, volgens welke de vader alleen de ouderlijke magt uitoefent (1); en de aanneming eener schenking behoort tot de uitoefening der ouderlijke magt. Maar zoo mag men dan ook aannemen, dat onze bepaling, op zich zelve onvolledig, mag en moet worden aangevuld uit dat art. 355, en dat, terwijl in het algemeen de vader, wanneer de uitoefening der ouderlijke magt hem niet mogelijk is, door de moeder vervangen wordt, zoo ook de aanneming eener schenking door zoodanige omstandigheid niet onmogelijk wordt gemaakt, maar in plaats van door den vader, door de moeder geschieden kan (2). En omdat de vader,

---

is opgedragen; en zoo men zich al kan voorstellen, dat de vader of de voogd uit eigenbelang, b. v. als vermoedelijk erfgenaam van den schenker, de aanneming zou weigeren, ondenkbaar is het toch zeker ook niet, dat een verdere bloedverwant in de opgaande linie uit zwakheid of uit ijdelheid eene schenking aanneemt, die de wettige vertegenwoordiger in het wezenlijk belang van den minderjarige niet had aangenomen. Verg. ook *Confér. du C. C.*, IV, bl. 254 en v.

(1) De wet voegt er bij: gedurende het huwelijk, maar ten onregte; de ouderlijke magt strekt zich verder uit, en de bepaling geldt, zoolang die magt duurt; verg. hierboven, V, bl. 253 en v. — Ook in het ontwerp van ons art. 1722*a* kwamen de woorden voor: staande het huwelijk van hunne ouders, maar deze zijn nog tijdig door andere vervangen.

(2) Er werd indertijd opgemerkt, dat zeker bij vergissing geen melding was gemaakt van de moeder, met verwijzing naar de memorie van toelichting, waar uitdrukkelijk ook van de moeder werd gesproken. De Regering antwoordde daarop, dat „de afdeeling in een dwaalbegrip scheen te verkeeren, omdat volgens het 2de lid bij overlijden van den

zoo hij zelf de schenker is, niet ook zelf zijne schenking kan aannemen, kan men stellen, dat hier zoodanig geval bestaat en de aanneming dus door de moeder geschieden kan. Mogt ook zij verhinderd zijn, zoo zal van art. 365 gebruik gemaakt en een bijzondere curator benoemd kunnen worden (1).

Maar er ligt nog iets anders in art. 1722*a* opgesloten, dat zich vooral laat opmerken bij vergelijking met het tweede lid. Hier wordt voor de aanneming van schenkingen aan onder voogdij staande minderjarigen enz. gedaan, regterlijke magtiging gevorderd. Zegt nu het eerste lid, dat de schenking door den vader kan worden aangenomen, dan volgt uit de tegenstelling, die tot de onderscheiding dier beide leden geleid heeft, en die juist dit punt betreft, dat de vader die regterlijke magtiging niet behoeft, maar uit zich zelf tot de aanneming bevoegd is. En nu mag tevens worden aangenomen, dat hetzelfde van de moeder geldt, waar zij den vader vervangt.

Schenkingen aan onder voogdij staande minderjarigen gedaan worden natuurlijk aangenomen door den voogd, maar deze is daartoe niet uit zich zelf bevoegd, hij heeft magtiging noodig. Volgens art. 1722*b* moet hij gemagtigd zijn door de arrondissements-regtbank, maar in art. 1 der Wet van 18 April 1874, Sb. n. 68, zijn ook art. 460 en 1722 genoemd, en is dus ook te dezen aanzien de bevoegdheid dier regtbank bij den kantonregter overgebragt. Het een en het ander geldt zoo wel voor elken anderen voogd als voor den langstlevende der ouders, maar voor dezen ook evenzeer als voor genen (2); art. 1722*b*

---

vader, van den voogd is melding gemaakt, en de voogdij in dat geval naar den regel door de moeder wordt uitgeoefend;" zie VOORDUIN, V, bl. 345, n. VIII. Het komt mij voor, dat de dwaling hier was aan de zijde der Regering, ten gevolge van misverstand der gemaakte opmerking, of anders van eene onjuiste voorstelling. Wat hiervan zij, art. 355 voorziet, geloof ik, in de bedoelde leemte.

(1) Voor zoodanig geval bestond dus ook aan de bevoegdheid van adscendenten geene behoefte; zie LIPMAN, bl. 511.

(2) De indertijd uitgesproken wensch, dat de vader of moeder zonder magtiging tot aanneming bevoegd zou zijn, is zonder gevolg gebleven; zie VOORDUIN, V, bl. 345.

spreekt geheel algemeen, en ook art. 460 vordert even algemeen het regterlijk verlof tot het aannemen eener gift aan een minderjarige gedaan. Het geldt bepaaldelijk ook ten aanzien van natuurlijke kinderen, die altijd onder voogdij staan, hetzij van den vader of de moeder, door wie ze erkend zijn, volgens art. 408*a*, hetzij van een daartoe benoemden voogd, volgens art. 408*b* en 413. Hetzelfde geldt volgens art. 1722*b* zelf eveneens voor schenkingen aan onder curatele gestelden gedaan, die aangenomen kunnen worden door den curator, maar slechts met gelijke regterlijke magtiging. En het is daarbij onverschillig, op welken grond de curatele is uitgesproken, met name of dit wegens krankzinnigheid is geschied of ter zake van verkwisting (1). En wanneer de voogd of curator een tegenstrijdig belang heeft, bepaaldelijk ook wanneer hij zelf de schenker is, zal de aanneming niet dan door den toezienden voogd of curator kunnen geschieden, maar deze ook gelijke magtiging behoeven (art. 327, 506*c*).

Wanneer de aanneming met de vereischte magtiging heeft plaats gehad, heeft zij volgens art. 460 ten aanzien van den minderjarige dezelfde gevolgen als ten aanzien van een meerderjarige, en dit geldt volgens art. 506*c* eveneens voor den onder curatele gestelde; terwijl ook hetzelfde voor beiden volgt uit art. 1484. Zonder die magtiging heeft de aanneming voor hen ook geene kracht, maar maakt zij tevens de schenking niet verbindende voor den trekker. Wat te dien aanzien met betrekking tot eene schenking aan eene getrouwde vrouw is gezegd, geldt ook hier.

Intusschen belet de noodzakelijkheid eener regterlijke magtiging eene onmiddellijke aanneming der schenking, en brengt zij noodwendig eene vertraging mede, die voor den begiftigde nadeelig werken kan, daar tusschen de schenking en hare aanneming zoo ligt iets kan voorvallen, waardoor deze onmogelijk wordt. Indertijd werd dan ook gewezen op het gevaarlijke eener opschorting der aanneming totdat de autorisatie zal zijn verkregen, omdat inmiddels door het sterven van den begiftigde

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 343, n. II.

de schenking zou kunnen vervallen. De Regering deelde echter niet in die vrees. Indien, zeide zij, „indien toch de schenker van zijne zijde eene akte van schenking heeft uitgebragt, en de voogd de vereischte autorisatie aan den regter heeft gevraagd, vervalt de schenking in geenen deele, maar komt aan de erfgenamen van den begiftigde, indien de minderjarige inmiddels komt te overlijden." Deze stelling was ongegrond. Niet daarom evenwel, maar toch om iets anders werd de gegevene oplossing onvoldoende bevonden, „vermits daardoor een mede bestaand bezwaar — niet wordt weggenomen, daarin bestaande, dat de schenker zou kunnen sterven gedurende het vragen der autorisatie om de schenking aan te nemen, in welk geval volgens art. 1729 (nu 1720) de schenking geen gevolg zou hebben." Tot wegneming nu van dit bezwaar is art. 1722*c* voorgesteld, en aangenomen (1). Wanneer de regter de magtiging verleent — en zoo hij haar weigert wordt de begiftigde niet benadeeld door de vertraging — „blijft de schenking van kracht, al mogt de schenker vóór het verleenen der magtiging zijn overleden." En die bepaling, in zoo ver algemeen gesteld, en in het naauwst verband staande met art. 1722*b*, komt zoowel aan onder curatele gestelden als aan minderjarigen ten goede. Zij zou verzekeren, dat de aanneming niet volgens den regel van art. 1720*b* door den dood des schenkers belet wordt, maar daarom even geldig zijn zal als wanneer zij bij zijn leven had plaats gehad. En al spreekt de wet van het geval, dat de schenker vóór het verleenen der magtiging overleden is, men zou toch zeker te veel aan de letter hechten, wanneer men hetzelfde niet ook zou willen laten gelden, wanneer de schenker stierf na het verleenen der magtiging, maar vóór dat nog de notariële akte van aanneming is opgemaakt, of deze beteekend.

Door die bepaling is echter slechts ten deele in de geopperde bezwaren voorzien, alleen in dat wat het laatst, niet in dat wat het eerst was aangevoerd. En toch kan, gelijk wij reeds opmerkten (2), eene schenking ook niet na het overlijden van

---

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 345 en v.

(2) Zie hierboven, bl. 436.

den begiftigde worden aangenomen. Het mag daarom vreemd genoemd worden, dat de Regering de gemaakte bedenking beantwoordde met eene zoo onhoudbare stelling, en nog vreemder, dat de afdeeling, op de zaak terugkomende, een nieuw bezwaar opperde, maar naar het schijnt met de oplossing van het andere genoegen nam. Intusschen kan eene onjuiste stelling, al is zij door de Regering uitgesproken, niet tot regt maken wat op zich zelf geen regt is; en zoo kan ook uit art. 1722*c* niet worden afgeleid, dat, wanneer de begiftigde sterft voordat na bekomen magtiging de aanneming plaats had, de schenking hierdoor evenwel tot stand komt. Die bepaling moge als een regel aangemerkt kunnen worden voor aan minderjarigen enz. gedane schenkingen, zij maakt daarom niet minder eene uitzondering op den algemeenen regel van art. 1720*b*, en laat als zoodanig geene analogische toepassing toe; vooral niet op een geval, dat de wetgever, al was het dan ook omdat het ten onregte overbodig geacht werd, dan toch niet onder die bepaling dacht te begrijpen. En in het algemeen komt toch eene schenking eerst door eene behoorlijke en in tijds gedane aanneming tot stand, terwijl eene afwijking hiervan, die nog wel niet den begiftigde zelven, maar enkel zijne erfgenamen zou bevoordeelen, niet zonder degelijken grond mag worden aangenomen (1).

Zoo helpt art. 1722*c* den begiftigde ook niet tegen eene intrekking der schenking door den schenker. Deze blijft daartoe bevoegd totdat zij is aangenomen, en hierop maakt die bepaling geene uitzondering, maar alleen op den regel dat de aanneming gedurende het leven van den schenker geschied moet zijn. Nu zal dus de bepaling van art. 1722*b*, die men in het belang van minderjarigen enz. wenschelijk achtte, toch tot hun nadeel kunnen werken, maar dit geeft geen regt om de wet iets anders te laten zeggen dan zij zegt; hetzelfde gevaar heeft wel aanleiding gegeven tot de bepaling van het derde lid, maar daarom mag men niet aannemen dat dit in alle gevallen voorziet die

(1) Verg. Mr. F. A. T. WEVE, in *Themis*, X, bl. 495. Anders echter Mr. P. R. VAN DEN BERG, in zijne *Proeve over het beheer van den voogd* enz., Utrecht 1849, bl. 156.

zich kunnen voordoen; en zeker zou ook haar inhoud zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet als regt mogen worden aangenomen (1).

Die bepaling voorziet voorts alleen in het gevaar, dat uit het vereïschte der regterlijke magtiging zou kunnen voortspruiten. Wanneer de minderjarige meerderjarig geworden is, komt deze niet meer te pas. Hij kan dan zelf de schenking aannemen, zoo de schenker nog leeft en haar niet heeft ingetrokken; maar na diens overlijden of na die intrekking kan hij dat niet meer, en dat hij ten tijde dier schenking minderjarig was, komt hem daartegen niet te hulp; terwijl het daarbij ook niets afdoet, of al dan niet reeds door den voogd magtiging was gevraagd (2).

Art. 1716 laat ook schenking toe aan een kind, waarvan de moeder zwanger, maar dat dus nog niet geboren is. Men zal wel mogen aannemen, dat dan de man dier moeder bevoegd is de schenking voor zijn kind aan te nemen (3), en tevens, dat zijne bevoegdheid van geen magtiging afhankelijk is. Wanneer de man overleden of er anders geen man aanwezig is, zoo zal de aanneming kunnen geschieden door een curator, van wien in art. 403 gesproken wordt. Maar deze heeft te veel overeenkomst met den voogd en den curator, van wie art. 1722*b* spreekt, dan dat niet ook voor hem de daar gevorderde magtiging noodig geacht moet worden.

Schenkingen, gedaan aan regtspersonen, zullen in het algemeen kunnen worden aangenomen door de bestuurders of bewindvoerders, overeenkomstig de daarvoor bestaande reglementen of verordeningen, en behoudens de bepaling van art. 1717 omtrent de magtiging des konings, voor zoover die daar gevorderd wordt.

De wet spreekt ook van schenkingen, die op veel eenvoudiger

(1) Verg. WEVE, t. a. p., bl. 495 en v. Anders VAN DEN BERG, t. a. p., bl. 156 en v.

(2) Verg. hierbij *Regt en Wet*, II, bl. 475 en v.

(3) Verg. hierbij GRENIER, I, n. 69; MARCADÉ, III, n. 644; DEMOLOMBE, XX, n. 200; LAURENT, XII, n. 249.

wijze tot stand komen en toch door haar even goed als geldig worden erkend. Het zijn de giften van hand tot hand, waarvan sprake is in art. 1724, 'twelk zegt: „De giften van hand tot hand, van roerende ligchamelijke voorwerpen of van schuldvorderingen aan toonder, vereischen geene akte, en zijn van kracht door de enkele overlevering aan den begiftigde, of aan eenen derde, die het gegevene voor hem aanneemt." De C. N. behelst zoodanige bepaling niet; evenwel wordt ook onder de werking daarvan, in aansluiting aan vroeger regt, hetzelfde aangenomen (1). Onze wetgever heeft intusschen wel gedaan door het tot wegneming van althans mogelijken twijfel uitdrukkelijk te verzekeren (2).

Het geldt hier eene uitzondering, die alles omvat wat daaronder behoort, maar ook niet tot iets anders mag worden uitgestrekt. Intusschen wordt door de uitdrukkingen der wet niet alle onzekerheid daaromtrent uitgesloten (3). Ik heb vroeger gewezen op het afwisselend gebruik, dat van de uitdrukkingen: schuldvorderingen of inschulden aan toonder (of niet aan toonder) en: stukken of papieren aan toonder gemaakt wordt, en op de weinige naauwgezetheid, die daarbij in acht wordt genomen, bepaaldelijk ook op de vreemde en zeker weinig logische wijze, waarop na de wijziging van eenige bepalingen omtrent het pandregt door de Wet van 8 Julij 1874, Sb. n. 95, in art. 1198*a*

---

(1) Zie MALEVILLE, op art. 931, II, bl. 411 en v.; TOULLIER, V, n. 172, 177 en v.; DURANTON, VIII, n. 388; GRENIER, I, n. 176; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 659, bl. 30 en n. 9; DEMOLOMBE, XX, n. 57 en v.; LAURENT, XII, n. 274 en v. Zoo ook VON SAVIGNY, IV, bl. 290.

(2) Verg. BARTHÉLÉMY, bij VOORDUIN, V, bl. 328, n. XII; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 343; ASSER, § 813.

(3) Zoo is in *Regtsgel. Adviezen*, I, bl. 98—110, de vraag behandeld, of effecten, certificaten der nationale schuld, ook vatbaar zijn voor de in art. 1724 bedoelde wijze van schenking, en ontkennend beantwoord, omdat die effecten noch roerende ligchamelijke voorwerpen zijn, noch schuldvorderingen. Volgens Amsterdam, 8 Junij 1847, *W.* 859, zijn ze schuldvorderingen aan toonder. Verg. DEMOLOMBE, XX, n. 69.

nevens *ligchamelijke* roerende zaken *inschulden* aan toonder genoemd worden, en in art. 1199 gesproken wordt van *onligchamelijke* roerende zaken, met uitzondering van *papier* aan order of aan toonder (1). Die onregelmatigheid kan ook eene goede uitwerking hebben, wanneer zij ons doet inzien, dat wij het met het gebruik dier uitdrukkingen en met de keus der eene of der andere zoo naauw niet moeten nemen, maar in het algemeen veilig kunnen spreken van roerende ligchamelijke zaken, stukken of papieren aan toonder daaronder begrepen, of ook zonder dit bijvoegsel (2), en dat deze uitdrukking slechts zal kunnen strekken tot vereenvoudiging, tot afwering van misverstand en tot bevordering van juiste voorstellingen. En als dat zoo is, en wij daarom ook hier de uitdrukking der wet in dien zin opvatten, dan kunnen wij gereedelijk aannemen, dat art. 1724 in het algemeen geldt voor al wat in de termen valt van art. 667*a* en 668*c*, 1198 en 2014*a*, al wat vatbaar is voor overgave van hand tot hand, waarvan men op die wijze het bezit bekomt, en welks bezit iemand als den regthebbende doet erkennen; dat het dus geldt voor alles, waarop de aard der zaak zijne toepassing mogelijk maakt, en dat die stelling volkomen redelijk en ook daarom aannemelijk is.

Zoodanige zaken nu kunnen geschonken worden bij wijze van gift van hand tot hand, die geene akte vereischt, en van kracht is door de enkele overlevering of overgave (3) aan den begiftigde, of aan eenen derde, die het gegevene voor hem aanneemt. De overgave aan den begiftigde veronderstelt natuurlijk ook aanneming, en is zonder deze niet mogelijk; dat hiervan slechts sprake is ten aanzien van den derde, dient om aan te wijzen dat deze het gegevene moet hebben aangenomen voor hem, den begiftigde, en niet voor zich zelven. In welke betrekking die derde tot den begiftigde staat, mag onverschillig geacht worden; hij kan een wettelijke vertegenwoordiger, maar ook

---

(1) Zie hierboven, VII, bl. 553, X, bl. 39.

(2) Verg. art. 611 B. W.

(3) De Fransche tekst van art. 1731 Wetb. v. 1830 heeft hiervoor: délivrance.

zoo wel een zaakwaarnemer als een lasthebber zijn; de wet spreekt zonder eenige nadere bepaling van eenen derde (1). En dat hier eene eenvoudige overgave voldoende is, staat in verband met den regel van art. 2014*a*, dat ten aanzien van zulke zaken bezit als volkomen titel geldt. Wel komt dit alleen dengene te stade die iets als het zijne bezit, maar dit is ook het geval met hem, die het, hetzij persoonlijk, hetzij door een derde, in bezit kreeg ten gevolge eener gift. En de bewijslast in dezen rust niet op hem, hij heeft een wettelijk vermoeden in zijn voordeel. Men wordt steeds geacht voor zich zelven te bezitten, zegt art. 590, zoolang het niet bewezen is dat men heeft aangevangen te bezitten voor een ander, en dit wordt hier door het feit der schenking uitgesloten.

Zulke giften vereischen geene akte. Wij denken hierbij gereedelijk aan eene akte van schenking, waarvan art. 1719 spreekt, 'twelk ook op de uitzondering van art. 1724 wijst, en op die van aanneming volgens art. 1720*b*. Wanneer de derde juist geen lasthebber behoeft te zijn, is er ook geen volmagt noodig, bij authentieke akte gegeven volgens het voorschrift van art. 1720*a* (2). En art. 1724 in zijn geheel leidt ook tot de gevolgtrekking, dat alle bepalingen, den vorm betreffende, hier buiten rekening kunnen blijven; het geeft zelfs aanleiding om dit ook aan te nemen ten aanzien der bekwaamheid tot het aannemen der gift, met name volgens art. 1722 (3), in tegenstelling van hetgeen bepaald is omtrent de bekwaamheid om bij wijze van schenking te beschikken of te verkrijgen, volgens de tweede afdeeling van den titel, waarbij ook de bepaling van art. 1721 omtrent getrouwde vrouwen gevoegd kan worden.

Voor de zaken nu, in art. 1724 bedoeld, wordt de daar aangeduide wijze van schenking niet voorgeschreven, maar enkel toegelaten. Niets belet dat ook zij het voorwerp zijn eener

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 308 en n. 3.

(2) Zij werd echter als noodig beschouwd door 's Hertogenbosch, 13 Junij 1860, *N. R. B.*, XI, bl. 584 en v.

(3) Verg. VAN DEN BERG, *Proeve* enz., bl. 157, met wien ik instemde in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, II, n. 918.

andere schenking met de daarvoor gestelde eischen, en het daaraan verbonden gevolg, regt op afgifte aan de eene en verpligting daartoe aan de andere zijde. En de gewone wijze van schenking zal zelfs ook voor die van zoodanige zaken de eenig mogelijke zijn, zoo dikwijls zij niet bij wijze van gift van hand tot hand kan plaats hebben. En dit kan het gevolg zijn van verschillende oorzaken. Het kan zijn dat men het voorwerp, 'twelk men wil geven, niet dadelijk bij de hand heeft; dat hij, wien men het geven wil, niet tegenwoordig, en er tevens geen derde aanwezig is, wien men gevoegelijk met de aanneming en bezorging belasten kan, en men redenen heeft om de schenking niet tot later uit te stellen enz. En wanneer degene, wien men iets schenken wil, de zaak reeds onder een anderen titel onder zich heeft, zal hetzelfde gelden, tenzij deze het eerst terug geeft en het hem daarna op de in art. 1724 bedoelde wijze wordt overgegeven, en het een en het ander behoorlijk bewijsbaar is. Dat dan eene eenvoudige verklaring van het te willen schenken, met eene gelijke verklaring van het als gift aan te nemen, voldoende zou zijn (1), wat trouwens geheel iets anders zijn zou dan de „enkele overlevering", waarvan art. 1724 spreekt, en verklaringen veronderstelt, vrij van allen vorm, die de wet met betrekking tot schenkingen niet kent, kan ik niet toestemmen. Daarvoor vind ik ook bepaaldelijk geen grond in art. 667*b*, 'twelk zegt, dat de levering niet vereischt wordt, indien de verkrijger de zaak reeds uit kracht van een anderen titel in zijne magt heeft (2). Met die bepaling toch hebben wij hier niets te maken. In art. 667 wordt gesproken van de levering, die noodig is om door haar in verband met een bestaanden titel van eigendomsovergang eigendom te verkrijgen; heb ik nu reeds uit anderen hoofde de zaak onder mij, zoo behoeft zij mij niet nog

(1) Zie OPZOOMER, B, IX, bl. 308, n. 2; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 659, bl. 30.

(2) En zeker ook niet in de vraag van OPZOOMER, t. a. p.: „Geldt hier niet het „res pro tradita habetur", wat men later de „brevi manu traditio" heeft genoemd?"

eens overgegeven te worden, de nieuwe titel maakt nu van zelf dat zij, in mijn bezit gebleven, voortaan de mijne is. Hier daarentegen hebben wij te doen met eene overeenkomst, waarvoor — geheel anders dan voor koop en verkoop, ruiling enz. — op straf van nietigheid een bepaalde vorm gevorderd wordt, behalve in het ééne geval, dat aan de schenking dadelijk door de overgave uitvoering wordt gegeven. Hier sluit de overgave schenking en uitvoering beide in; waar die overgave weg blijft, ontbreekt niet alleen de uitvoering, maar ook de schenking. Tenzij men deze mogt meenen te vinden in de eenvoudige verklaringen, die de wet niet kent; maar hoe zal men dit overeen kunnen brengen met de bepalingen van art. 1719 en v., die, behalve in het uitgezonderd geval, dat hier nu niet bestaat, wel ook verklaringen vorderen, maar verklaringen, die op straf van nietigheid bij notariële akte geschied moeten zijn?

Wanneer de schenking door aanneming is gevolgd, is de overeenkomst van schenking, en daardoor een titel van eigendomsovergang, tot stand gekomen. Daarmede is echter buiten het geval eener gift van hand tot hand de eigendom van het geschonkene nog niet op den begiftigde overgegaan, gelijk volgens art. 938 C. N. Bij ons is in art. 1723 uitdrukkelijk bepaald, dat de eigendom der in de schenking begrepen goederen, zelfs wanneer de schenking behoorlijk is aangenomen, niet door den begiftigde wordt verkregen, dan door middel van de overdragt, gedaan overeenkomstig art. 667, 668 en 671 (1).

De schenker is in het algemeen verpligt tot levering van het geschonkene, en men mag aannemen dat hij het leveren moet in den staat, waarin het zich ten tijde van het tot stand komen der schenking bevond, en met hetgeen er toe behoort, al is het

---

(1) De opmerking, dat van art. 668 alleen de twee eerste leden te pas komen en het derde van toepassing is op en herhaald wordt in art. 1724 (zie DE MARTINI, en VERNEDE, op art. 1723 B. W.), komt niet te pas; omdat art. 1724 slechts eene bijzondere wijze van schenking betreft, terwijl de daar genoemde zaken op deze, maar ook zeer goed op de algemeene wijze geschonken kunnen worden, en dan art. 1723 wel degelijk toepasselijk is.

niet, gelijk ten aanzien van koop en verkoop in art. 1517 en v., uitdrukkelijk gezegd. Maar zijne verpligting strekt zich ook niet verder uit; en terwijl de verkooper volgens art. 1510 twee hoofdverpligtingen heeft, tot levering en tot vrijwaring, is de schenker tot deze laatste niet verpligt. Onze wetgever heeft daarvoor eene uitdrukkelijke bepaling opgenomen in art. 1711, 'twelk zegt dat de schenker in geval van uitwinning tot geene vrijwaring gehouden is. „Notre loi," zoo sprak indertijd BARTHÉLÉMY, „comprend une disposition nouvelle, équitable et morale —. Le donateur en cas d'éviction n'est pas tenu de la garantie, parce qu'il n'est pas censé l'avoir promise. On présume qu'il n'a entendu vouloir donner que le droit qu'il croyait avoir, sans vouloir s'obliger à donner plus qu'il n'avait effectivement (1). De C. N. behelst zoodanige bepaling niet; evenwel wordt ook naar het Fransche regt de schenker in het algemeen niet tot vrijwaring verpligt geacht. Intusschen heeft onze wetgever wel gedaan met daaraan een wettelijken grond te geven, en door zijne bepaling tevens de gelegenheid benomen, om op den regel uitzonderingen te maken, waar die dienstig kunnen worden geacht (2).

De schenker behoeft dus in geval van uitwinning niet alleen de waarde van het geschonken goed niet te vergoeden, die hij zelf ook niet, gelijk de verkooper den koopprijs, daarvoor ontvangen heeft, maar hij is ook tot geene andere vergoeding verpligt, zoo als, volgens art. 1532, de kooper die kan vorderen van den verkooper. De bepaling van art. 1511 belet echter natuurlijk niet, dat de schenker zich bij de schenking voor het geval van uitwinning tot vrijwaring verpligten kan. De wet beslist enkel, dat de schenking die verpligting niet medebrengt, zoo als volgens art. 1528 koop en verkoop dat doet, zonder dat daarvoor een beding noodig is. Dit nu geldt ook dan, wanneer

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 327, n. VII; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 242.

(2) Verg. o. a. DURANTON, VIII, n. 525 en v.; DEMOLOMBE, XX, n. 543 en v.

de schenker wist dat het geschonkene hem niet toebehoorde (1). Heeft hij daarbij bedrog gepleegd, en zoo den begiftigde tot de aanneming verleid, zoo kan deze daarin een grond vinden voor eene regtsvordering tot vernietiging der schenking met vergoeding van kosten, schaden en interessen; maar tot vrijwaring wordt de schenker zelfs niet door zijne kwade trouw verpligt. Heeft hij na de schenking en hare aanneming, maar vóór de levering, het goed aan een ander overgedragen, zoo blijft de begiftigde daarom evenzeer bevoegd de levering van hem te vorderen, en bij gebreke daarvan vergoeding van kosten, schaden en interessen, op grond van art. 1272; maar vrijwaring komt ook daarvoor niet te pas. In het algemeen kan den begiftigde in geval van uitwinning iets anders overblijven, maar regt op vrijwaring heeft hij niet zonder beding deswege. Aan den anderen kant wordt zijne bevoegdheid om derden tot vrijwaring op te roepen, die hiertoe verpligt zijn jegens den schenker, door art. 1711 niet gehinderd. En zoo hij eene schuld van dezen betaalde, om de uitwinning te voorkomen van het daarvoor verbonden goed, dan wordt op zijn regt van verhaal door die bepaling almede geen inbreuk gemaakt.

Art. 1711 zegt bepaaldelijk, dat de schenker in geval van uitwinning tot geene vrijwaring gehouden is. Met het oog op art. 1527, 'twelk zegt dat de vrijwaring, waartoe de kooper verpligt is, behalve het rustig en vreedzaam bezit ook de verborgen gebreken van het goed betreft, zou men nu op de gedachte kunnen komen, dat de schenker van de vrijwaring ter zake hiervan niet ontheven, en dus daartoe wel gehouden is. Maar het laatste volgt niet uit hetgeen daaraan voorafgaat, en de gedachte zelve mist allen grond. Van de vrijwaring wegens gebreken is de schenker door de wet niet vrijgesteld, maar daarom is hij er niet toe gehouden, omdat de wet er hem nergens toe heeft verpligt. Zij belast hem in het geheel met geen vrijwaring; en al spreekt zij nu van deze ter zake van het een, om hem daarvan uitdrukkelijk vrij te stellen, dan belast zij hem

(1) Verg. daarover DURANTON, VIII, n. 529; DEMOLOMBE, XX, n. 552.

daardoor niet met die ter zake van het ander, waarvan zij in 't geheel niet spreekt.

Op den begiftigde rusten ten gevolge van het tot stand komen der schenking de verpligtingen, die hij daarbij op zich heeft genomen jegens den schenker, of die hem zijn opgelegd jegens een derde, zooals art. 1353 dat toelaat (1). En hij kan zich daaraan niet eigenmagtig onttrekken, zelfs niet met teruggave van het geschonkene, omdat hij de eens aangegane overeenkomst of de daaruit voortgevloeide verbindtenis niet eenzijdig verbreken kan. Die verpligtingen strekken zich intusschen ook niet verder uit, dan tot die welke hij op zich heeft genomen. Tot betaling van schulden is hij niet verpligt, dan voor zoo ver ze hem bepaald is opgelegd, en ook dan nog slechts voor zoo ver ze overeenkomstig art. 1707 bepaaldelijk zijn opgegeven. Daarom mag ook hem, even als aan een anderen derden bezitter volgens art. 1252, wanneer hij tot voorkoming eener uitwinning van het geschonken goed voor den schenker schulden heeft betaald, waarvoor dat goed bezwaard was, een verhaal op dezen worden toegekend.

Daar moeten voorts geene verpligtingen, waarvan de vervulling, zoo zij niet vrijwillig plaats heeft, in regten kan worden gevorderd, afgeleid worden uit art. 1725. Van eene verpligting van dien aard om zich niet schuldig te maken aan een aanslag op het leven van den schenker (art. 1725 2°) kan in ernst geen sprake zijn. Nergens ook is eenen begiftigde tot pligt gesteld, den schenker wanneer deze in armoede vervalt levensonderhoud te verschaffen; en nu kan wel de weigering daarvan de grond zijn eener vordering tot tenietdoening der schenking (art. 1725 3°), maar een eisch tot onderhoud, zoo als die overeenkomstig art. 376 en v. tegen bloedverwanten en aangehuwden is toegelaten, kan tegen een begiftigde niet worden ingesteld, althans niet toegewezen. Wanneer daarentegen aan eene schenking verpligtingen of lasten verbonden zijn, zooals art. 1725 1° veronderstelt, zoo heeft de begiftigde, die haar aannam, tevens die verpligtingen of lasten op zich genomen, en zich tot de vervulling

(1) Verg. hierboven, X, bl. 428 en v., 430 en v.

daarvan verpligt. Hij is dit nu ook niet uit kracht dier wetsbepaling, maar ten gevolge eener door hem zelven aangegane verbindtenis, en hij kan zich hieraan niet onttrekken. Daarmede staan ook de voorzorgen in verband, met betrekking tot de aanneming eener schenking, met name ten behoeve van minderjarigen enz., in art. 1722 genomen (1).

De schenker kan na de aanneming de schenking niet herroepen, die volgens art. 1703 onherroepelijk geschiedt. En toch spreekt de wet in de laatste afdeeling der titel van het herroepen van schenkingen, en stelt zij dit voor als mogelijk in enkele bepaalde gevallen. Nu zou men kunnen meenen, die gevallen daarom te moeten beschouwen als zoo vele uitzonderingen op de in die bepaling op den voorgrond gestelde onherroepelijkheid, en daarvoor zelfs eene bevestiging te vinden in den aanhef van art. 1725, die de mogelijkheid eener herroeping tot de daar genoemde gevallen schijnt te beperken; ofschoon zoodanige beperking toch altijd eenigszins vreemd zou zijn, nadat de onherroepelijkheid eenmaal zoo bepaald is uitgeproken. Inderdaad zou echter die voorstelling niet juist zijn (2). Die onherroepelijkheid toch bestaat hierin, dat de schenker zijne schenking, nadat deze door aanneming tot stand is gekomen, niet kan wijzigen of opheffen, gelijk hij die een testament heeft gemaakt dat doen kan ten aanzien zijner uiterstewils-beschikkingen; en daarop zijn geene uitzonderingen gemaakt, bepaaldelijk

---

(1) Verg. TOULLIER, V, n. 283; DURANTON, VIII, n. 17; GRENIER, I, n. 79 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 706, bl. 16 en n. 12; FERRY, in *Revue des revues de droit*, VII, bl. 64—75. Verg. echter ook G. GENREAU, in *Rev. crit. de législ. et de jurisprudence*, IV, bl. 492—503, die beweert dat de begiftigde ne peut être poursuivi que sur le bien donné, qu'il peut répudier ce bien pour se soustraire à l'exécution des charges, et qu'il en est libre pour l'avenir quand ce bien a péri par cas fortuit.

(2) Zij is onjuist, al heeft in den C. N. de section II van chap. VI, des donations entre vifs, ook tot opschrift: Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs.

ook niet door art. 1725, en in de daar genoemde gevallen, waarin de schenker door de omstandigheden is, of de begiftigde zich zelven heeft gebragt. De schenking blijft onherroepelijk in den zin van art. 1703, al heeft de schenker de hem in art. 1725 gegeven bevoegdheid.

De wet spreekt hier ten onregte van herroepen, zoo in het opschrift der afdeeling, waar sprake is van het herroepen en tenietdoen van schenkingen, als in art. 1725, waar het tenietdoen wordt voorgesteld als een gevolg — of althans als iets wat geschiedt ten gevolge — van het herroepen; terwijl toch eene wezenlijke herroeping de tenietdoening zou insluiten, daar immers na zoodanige herroeping geen tenietdoen meer te pas kan komen of mogelijk zijn (1). Men pleegt onder herroepen te verstaan het eigenmagtig intrekken of opheffen van hetgeen men heeft gedaan, het als ongedaan maken van iets door hem die het gedaan heeft. Zoo iets kan ten aanzien van uiterstewils-beschikkingen plaats hebben, dat wordt in art. 1374*b* met betrekking tot overeenkomsten uitgesloten, daaraan hebben wij ook bij art. 1353*b* te denken. Maar wat hier herroepen heet, is niet het werk van den schenker, en wat hier het werk van den schenker is, is geen herroeping. Eene schenking kan in de bepaalde gevallen te niet gedaan of vervallen verklaard worden, niet door den schenker, maar door den regter; doch deze doet dat niet, dan op eene vordering van wege den schenker. Zoo spreekt dan ook art. 1727 van den eisch tot tenietdoening, die ook bedoeld wordt waar in art. 1728 en v. sprake is van de regtsvordering, en die aan het slot van art. 1727 den naam draagt van den eisch ten gevolge der herroeping; en zoo sprak ook het Wetb. van 1830 in art. 1735 van den eisch tot herroeping, en in den Franschen tekst, evenals art. 957 C. N., van la demande en révocation. Nu kan de regter ook eene verbindtenis, wegens onbekwaamheid van eene der partijen of wegens gebrekkige toestemming tot de overeenkomst waaruit zij ontsproot, nietig of om eene andere reden ontbonden verklaren, en is daartoe

(1) Het Wetb. v. 1830 sprak in het opschrift der afdeeling alleen van de herroepelijkheid, in art. 1732 enkel van herroepen.

eveneens eene vordering noodig; maar niemand zal zeggen, dat hij, die zoodanige vordering instelt, de verbindtenis of de overeenkomst herroept. En nu zou het naar mijn oordeel ook hier voor eene juiste voorstelling der zaak beter zijn geweest, zoo de wet van geen herroeping gesproken had; en zou het daarvoor nog doelmatig en daarom wenschelijk zijn, wanneer men kon goedvinden hier in het algemeen van geene herroeping meer te spreken, noch daaraan te denken.

Tot eene regtsvordering nu, strekkende, niet tot herroeping, maar tot tenietdoening of vervallen-verklaring, geeft de wet in art. 1725 den schenker in bepaalde gevallen de bevoegdheid. Wel schijnt zij volgens den aanhef dier bepaling geene bevoegdheid te geven, maar veelmeer eene als bestaand veronderstelde en erkende te beperken, doch deze heeft geen anderen grond dan juist in die wetsbepaling. Dat de bevoegdheid slechts in enkele gevallen werd verleend, zal aanleiding gegeven hebben tot de bepaling zoo als zij luidt. Beter ware het echter geweest te zeggen, dat schenkingen alleen in de volgende gevallen tenietgedaan, of vervallen verklaard kunnen worden.

De wet noemt in art. 1725 drie gevallen. En als zij zegt, dat eene schenking alleen in die gevallen — waaruit volgt dat het in deze dus wel kan — teniet gedaan kan worden, dan geldt dat in het algemeen van alle schenkingen, zoowel die als giften van hand tot hand, als die op andere wijze zijn tot stand gekomen (1). Eene meerdere beperking voor bijzondere schenkingen is met die bepaling volstrekt niet in strijd. Volgens art. 227 zijn schenkingen van tegenwoordige en bepaalde goederen, tusschen aanstaande echtgenooten bij huwelijks-voorwaarden geschied, onherroepelijk, en dus niet voor vervallen-verklaring vatbaar, behalve op den eersten der in art. 1725 erkende gronden, en volgens art. 234 geldt hetzelfde voor schenkingen, bij huwelijks-voorwaarden of bij eene afzonderlijke notariële akte, door derden ter zake des huwelijks aan aanstaande echtgenooten of een hunner gedaan. En die bepalingen zijn volkomen van kracht, niet alleen omdat in art. 1730 geheel noodeloos uitdruk-

(1) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 164 en v.

kelijk is gezegd, dat door de bepalingen van dezen titel geen hinder wordt toegebragt aan hetgeen bij titel 8 van het eerste boek is vastgesteld, maar ook omdat de genoemde bepalingen op hare beurt geen hinder toebrengen aan die van art. 1725, 'twelk wel de tenietdoening in andere gevallen belet, maar daardoor geene beperking tot mindere verbiedt.

Deze bepaling verzet zich ook niet tegen eene andere beperking. De tenietdoening of vervallen-verklaring heeft slechts plaats ten gevolge eener vordering. Wel is bij ons de bepaling van art. 956 C. N. niet overgenomen, volgens welke la révocation n'aura jamais lieu de plein droit; maar daaruit volgt voor ons niet het tegendeel, en onze wet spreekt ook van eene regtsvordering. Het staat dus aan den schenker, of hij bij het bestaan van een der erkende gevallen van zijn regt gebruik wil maken of niet. Maar nu is er ook geene wetsbepaling, die hem belet daarvan vooraf ten aanzien van enkele of ook van al de gevallen afstand te doen; nergens is dit verboden, of bepaald dat overeenkomsten, met hetgeen de wet in dezen toelaat strijdende, nietig zijn, zooals dat in art. 187*a* is geschied. En evenmin wordt het door iets anders belet, met name niet door de zedelijkheid, of wat men met de goede zeden in verband zou willen brengen (1). Trouwens ik heb ook naar aanleiding van art. 14 A. B. trachten te betoogen, dat uit hetgeen daar van openbare orde of goede zeden wordt gezegd in regten niets mag worden afgeleid, wat geen grond vindt in eene bepaling der wet (2).

Maar meer of andere gevallen mogen niet nevens de drie genoemde aangenomen worden. De C. N. laat in art. 953 ook herroeping toe pour survenance d'enfants, en bepaalt in art. 960, dat, wanneer de schenker geen kind of afstammeling heeft ten

---

(1) In mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 147, had ik mij tot eene andere stelling laten leiden door VON SAVIGNY, IV, bl. 235, die zegt dat ein solcher Verzicht musz für unwirksam gehalten werden, weil durch ihn die einer Unsittlichkeit steuernde Rechtsregel entkräftet werden würde.

(2) Zie hierboven, I, bl. 79 en v.

tijde der schenking, deze van regtswege herroepen zal zijn door de latere geboorte van een wettig kind, zelfs na zijn dood, gelijk ook door de wettiging van een natuurlijk kind, dat na de schenking geboren is (1). Onze wetgever heeft zoo iets, hetzij al dan niet van regtswege, niet willen toelaten, en spreekt daarvan niet (2).

Men mag voorts aannemen, dat ook bij de schenking geene tenietdoening uit anderen hoofde bedongen kan worden. Zoo men al in het algemeen aan eene regtshandeling, en met name aan eene overeenkomst, ontbindende voorwaarden kan toevoegen, daarmede is de gevolgtrekking nog niet gewettigd, dat zulks ook in die algemeenheid geldt voor eene bijzondere soort van regtshandelingen, waarvoor afzonderlijke wetsbepalingen zijn gemaakt. Nu is wel niet met zoo vele woorden gezegd, dat een beding van zoodanige strekking bij schenking krachteloos is; maar onder de in art. 1725 genoemde gevallen is toch ook geene melding gemaakt van dat van het bestaan van zoodanig beding. En als nu dat art. zegt, dat eene schenking niet kan worden herroepen enz. tenzij in de volgende gevallen, dan meen ik dat dit ons dringt om aan te nemen, dat derhalve ook op grond van zoodanig beding hetzelfde niet kan plaats hebben; terwijl ook de behandeling der vraag omtrent den invloed der later gevolgde geboorte van een kind op de door een kinderloozen schenker gedane schenking, genoegzaam heeft doen zien, dat het gezegde in overeenstemming is met de meening van den wetgever (3). — Nu is wel in art. 1725 ook geen melding gemaakt van het regt van terugkeering, dat de schenker zich volgens art. 1709 kan voorbehouden (4), maar dit is ook geheel iets anders dan wat ons art. toelaat. Door dat voorbehoud is de werking der schenking beperkt op eene door de wet

---

(1) Verg. l. 8 C. de revoc. donat. (8, 56); DE GROOT, *Inleyd.*, III, 2, n. 18; art. 1349 en v. W. N. v. H.

(2) Verg. VOORDUIN, V, bl. 328, n. XIII, 331 en v., 352; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 243, II, bl. 906.

(3) Zie VOORDUIN, V, bl. 333; verg. hierboven, bl. 464 en v.

(4) Verg. hierboven, bl. 457 en v.

erkende wijze; de schenker, die daarvan gebruik wil maken, behoeft geene tenietdoening of vervallen-verklaring der schenking uit te lokken; de op die wijze beperkte schenking brengt mede, dat het geschonkene van zelf zal terugkeeren, zonder dat daarvoor iets door den schenker behoeft te geschieden, eene regtsvordering van hem kan daarbij alleen te pas komen om het goed op te eischen, dat hem in weerwil van het regt van terugkeering onthouden wordt (1).

Art. 1732 Wetb. van 1830 noemt slechts twee gronden van tenietdoening eener schenking, en als de tweede is daar, even als in art. 953 C. N., ondankbaarheid, ingratitude, genoemd. Daarom zou echter niet elk blijk van ondankbaarheid zoodanig gevolg hebben of kunnen hebben; in art. 1734 van dat Wetb., even als in art. 955 C. N., was uitdrukkelijk bepaald, dat wegens ondankbaarheid schenkingen alleen herroepen kunnen worden in twee bepaalde gevallen, die vrij wel overeenstemmen met die welke ons art. 1725 onder 2° en 3° aanduidt. Deze zijn dus nu afzonderlijk vermeld, terwijl ze vroeger onder de rubriek van ondankbaarheid werden zamengevat, waaronder ze beiden, maar ook geene andere dan die beiden begrepen werden. Onze wet spreekt nu niet van ondankbaarheid als grond waarop eene schenking te niet gedaan kan worden, en toch kan dit naar onze wet in dezelfde gevallen geschieden, als het dat zou kunnen naar het Wetb. van 1830. Intusschen is dan toch van de bepalingen hiervan afgeweken; en al blijkt uit de geschiedenis der behandeling van ons B. W. niet, welke reden tot die verandering heeft geleid (2), deze bestaat en verdient in meer dan één opzigt onze opmerking. De gevallen van art. 1725 2° en 3° loopen in aard en strekking te zeer uiteen, dan dat de aard der zaak er toe zou leiden om ze te vereenigen onder één begrip, dat ze beide omvat; en het een zoo wel als het ander brengt, dunkt mij, te zeer de regtvaardiging mede van zijne erkenning als oorzaak van dat gevolg, dan dat die erkenning uit de daarin zigtbare ondankbaarheid verklaard of hiermede in

(1) Verg. DURANTON, VIII, n. 534.
(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 348—351.

verband gebragt behoeft te worden. En beide gevallen worden wel in de volgende bepalingen in meer dan één opzigt te zamen op ééne lijn en tegenover het onder 1° genoemde gesteld, maar dit heeft in geenen deele iets met dankbaarheid of ondankbaarheid te maken. En om dat een en ander mag men geloof ik toestemmen, wat in de memorie van toelichting werd gezegd, dat de afdeeling op meer stelselmatige wijze is opgesteld. Maar ik geloof tevens, dat de zaak op deze wijze beter is geregeld. Wanneer het aankomt op hetgeen aan zijde van den begiftigde geschied is, dan is het niet onverschillig, of men al dan niet begint met ondankbaarheid op den voorgrond te stellen, en dan de door de wet genoemde gevallen als uitingen daarvan beschouwt. Doet men dat niet, dan zal men als van zelf in een voorkomend geval eenvoudig vragen, of het beantwoordt aan de termen van art. 1725 2° of 3°; doet men het daarentegen wel, zoo zal men, eveneens als van zelf, tevens aan de ondankbaarheid denken, en zich afvragen, of hetgeen geschied is daarvan doet blijken, en als zoodanig valt in de termen der wet. En toch komt het mij niet twijfelachtig voor, dat men zich aan het eerste moet houden, en dat het laatste buiten rekening moet blijven. — Nu is het zeker niet vreemd, dat men ook bij ons, en niettegenstaande de door onzen wetgever gemaakte verandering, met het oog op de gelijkstelling der twee laatste gevallen en hunne tegenstelling tegenover het eerste, in aansluiting aan de Fransche terminologie, uit gewoonte en vooral misschien kortheidshalve, is voortgegaan voor die twee den naam van ondankbaarheid te blijven gebruiken (1); doch naar mijne meening kan dit niet gepast en aanbevelingswaardig, maar moet het daarentegen bedenkelijk zijn. Het is toch, geloof ik, moeijelijk te ontkennen, dat wij, van ondankbaarheid sprekende, ook ligt aan ondankbaarheid denken, en meenen dat, voor het bestaan van een geval van ondankbaarheid, hiervan ook althans in meerdere of mindere mate blijken moet, en dat het zelfs niet gemakkelijk is zich altijd vrij te houden van allen invloed,

(1) Ik zelf deed ook daaraan mede, en vond het zelfs gepast, in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 151.

dien de gedachte daaraan kan hebben op de beoordeeling en waardering der voorkomende gevallen, terwijl deze toch getoetst behooren te worden aan hetgeen de wet er van zegt, om het even of zich daarbij al of niet ook eene zekere ondankbaarheid vertoont, omdat de wet hun bestaan en werking daarvan niet afhankelijk heeft gemaakt. Kan nu die kortheid niet betracht worden dan met gevaar voor de juistheid der voorstelling, dan wordt zij naar mijn oordeel hiervoor te duur gekocht. En als nu voor ons de wet heeft opgehouden tot onjuiste voorstellingen aanleiding te geven, dan komt het mij beter voor ons aan haar te houden, dan ons aan het gevaar, waarvan ik sprak, bloot te stellen, door ons aan haar niet te storen, maar ons te blijven houden aan eene vroegere, waarvan zij, wat dàn ook de ware reden zijn mag die daartoe geleid heeft, in allen gevalle is afgeweken.

Schenking kan dan vooreerst teniet gedaan worden „uit hoofde der niet-vervulling der voorwaarden, waaronder zij gedaan is," art. 1725 1°. Wij hebben hier niet te denken aan opschortende voorwaarden, bij wier niet-vervulling de overeenkomst eenvoudig buiten werking blijft, en natuurlijk ook niet aan eene gewone ontbindende voorwaarde, wier vervulling volgens art. 1301 de verbindtenis doet ophouden, en de zaken weder tot den vorigen stand doet terugkeeren alsof er geene verbindtenis bestaan had. Wij hebben te denken aan zoodanige bij de schenking gemaakte bepalingen, waarbij den begiftigde is opgelegd, en deze door hare aanneming zich verbonden heeft, om iets te doen of niet te doen, wat dit dan ook zijn mag. Al kan de schenker de vervulling dier verpligting in regten vorderen, het is daarom niet zeker dat zij volgen zal. Voor vergoeding van kosten, schaden en interessen is noodig dat er nadeel zij geleden, en dit zal hier niet altijd voor aanwijzing en bepaling vatbaar zijn. De schenking houdt voorts door de bijgevoegde lastbepaling niet op eene overeenkomst om niet te zijn; zij wordt daarom geene handeling onder bezwarenden titel, en geene wederkeerige overeenkomst, als waarbij, in geval eene der partijen niet aan hare verpligting voldoet, volgens art. 1302 en v. door de andere ontbinding gevraagd kan worden. Maar nu kan de schenking volgens art. 1725 1° teniet worden gedaan,

met het daaraan in art. 1726 verbonden gevolg. En de wet spreekt algemeen en maakt geen onderscheid; bepaaldelijk vraagt zij niet, waarom de last niet is vervuld, en of dit ook onmogelijk is gemaakt door de omstandigheden.

In de tweede plaats is tenietdoening toegelaten „indien de begiftigde zich schuldig of medepligtig heeft gemaakt aan eenen aanslag op het leven van den schenker, of aan een ander misdrijf jegens denzelve," art. 1725 2°. De vreemde zamenvoeging, van dien aanslag op het leven en hetgeen er op volgt, laat zich eenigszins verklaren uit de geschiedenis der bepaling. Art. 955 C. N. noemt daarvoor twee gevallen: 1° si le donataire a attenté à la vie du donateur, 2° s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves. Bij ons heeft men dit laatste veel algemeener gemaakt, en daarbij verzuimd het eerste weg te laten, waarvan de afzonderlijke vermelding nu geen reden van bestaan meer heeft. Maar wat hebben wij nu onder een misdrijf te verstaan?

Er is indertijd opgemerkt, dat het eenigszins twijfelachtig scheen, of het beperkt moest worden tot misdaden, dan wel ook uitgestrekt tot wanbedrijven. De Regering merkte in haar antwoord op, dat men zich ook elders van het woord misdrijf bediend had, zonder vooralsnog de onderscheiding van het Fransche regt in crimes en délits aan te nemen; en terwijl het woord misdrijf niet bepaald aan misdaad of aan wanbedrijf doet denken, en men die beide daaronder pleegt te begrijpen, wordt deze opvatting dan ook door dat antwoord bevestigd, gelijk ook door de bepaling van art. 1734 Wetb. van 1830, waar gesproken werd van misdaden of misdrijven, en daarvoor in den Franschen tekst van crimes ou délits. Maar de Regering voegde aan het aangevoerde nog iets anders toe; volgens haar „omvat dit art. alle misdrijven, welke de begiftigde zich ten aanzien van den schenker veroorlooft. Men acht die bepaling hoogst zedelijk, omdat het voorzeker de grootste ondankbaarheid kenschetst, indien de begiftigde zich jegens zijnen weldoener in het allerminste vergrijpt" (1). En nu zou men kunnen meenen

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 352 en v.

hierin aanleiding te vinden tot nog ruimere opvatting, zoodat er ook de overtredingen onder begrepen zijn, die men als eene derde soort van misdrijven nevens misdaden en wanbedrijven plagt te stellen. Maar wanneer men let op de bepaling van het Wetb. van 1830, en daarbij opmerkt dat het antwoord werd gegeven op eene vraag, of evenzeer aan wanbedrijven als aan misdaden gedacht moet worden, en dat de Regering althans niet van eene nog verdere uitbreiding, die zeker met het Wetb. van 1830 niet zou overeenstemmen, gesproken heeft, dan zal men zoodanige uitbreiding wel onaannemelijk moeten achten (1).

De wet spreekt van een misdrijf jegens den schenker. Men heeft hierin geene beperking te zien tot misdrijven tegen zijn persoon gepleegd; die welke zijne goederen treffen, zijn ook misdrijven jegens hem begaan, en vallen dus mede in de termen der wet. Maar hieruit volgt dit, dat weerzin of verontwaardiging wegens eenig door den begiftigde gepleegd misdrijf, doch dat niet tegen den schenker gerigt was, dezen geen grond geeft om tegen de schenking op te komen.

Intusschen geeft de wet geen grond tot nog verdere beperking. Er is indertijd voorgesteld hare bepaling te beperken tot misdrijven, welke ondankbaarheid kenschetsen; maar de Regering was van meening, dat dit het geval is met alle misdrijven, jegens den schenker begaan. Men kwam later op de zaak terug en meende, dat misdrijven, welke een gevolg zijn van onvoorzigtigheid of onhandigheid, of begaan worden tegen het voorschrift der reglementen, bij art. 319 en 320 C. P. bedoeld, geen aanleiding moesten geven om eene schenking te herroepen, omdat men onvoorzigtig of onhandig zijn kan, zonder ondankbaar te wezen; en dat alle misdrijven, die wegens provocatie verschoonbaar zijn volgens art. 321 C. P., mede niet in de bepaling behooren te vallen, omdat anders voor den schenker niets ligter zou zijn dan den begiftigde door beleediging tot het begaan van zoodanig misdrijf te brengen (2). Maar ofschoon

(1) Verg. ook VAN HALL, in *R. B.*, I, bl. 422 en v.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 349, n. 1; NOORDZIEK, 1824—25, II, bl. 909, 940.

de gemaakte opmerking zeker niet ongegrond was, waar ondankbaarheid op den voorgrond werd gesteld, is daaraan evenwel geen gevolg gegeven (1). Misschien bedoelde de Regering, toen zij zeide dat alle jegens den schenker begane misdrijven ondankbaarheid kenschetsen, ook wel eenvoudig dit, dat, waar zoodanig misdrijf bestaat, hierin een grond van tenietdoening der schenking zal gelegen zijn, zonder dat hiervoor nog nader zal moeten beoordeeld worden, of het wel werkelijk als een gevolg en blijk van ondankbaarheid moet worden aangemerkt. Die vraag en eene beoordeeling daarvan zijn nu naar onze bepaling overbodig; deze is toepasselijk, zoo dikwijls de begiftigde zich jegens den schenker aan eenig misdrijf schuldig heeft gemaakt. Aan den anderen kant is zij ook niet toepasselijk, wanneer, zooals in de gevallen van art. 64 of 327 en v. C. P., wegens de bijzondere omstandigheden waaronder het feit is gepleegd, noch misdaad noch wanbedrijf geacht wordt te bestaan.

De begiftigde moet zich schuldig of medepligtig hebben gemaakt aan een misdrijf jegens den schenker, maar de wet vordert niet dat hij daaraan schuldig moet zijn verklaard of deswege tot straf veroordeeld, zooals hiervan sprake is in art. 885 en 959. En nu geeft zij ook geen aanleiding tot de stelling, dat er eerst een vonnis van den strafregter moet zijn voorafgegaan (2). Zoodanig vonnis levert volgens art. 1955 in een burgerlijk geding een bewijs op der gepleegde daad, maar is daarom voor het bewijs daarvan niet het eenige of althans een noodzakelijk middel. Tot straf veroordeelen kan de burgerlijke regter niet, doch het komt hier ook niet aan op een opgelegde straf, maar enkel op het bestaan van het feit, en tot de beoordeeling en beslissing daarvan is de burgerlijke regter alleszins bevoegd, al is dat feit ook een misdrijf. Zoo spreekt art. 265 van het geval, dat een der echtgenooten tot straf is verwezen bij een vonnis waaruit van een begaan overspel blijkt, en laat voor dat geval eene

(1) Verg. ook BARTHÉLÉMY, bij VOORDUIN, V, bl. 328 en v., n. XIV; NOORDZIEK, 1824—25, I, bl. 243; OPZOOMER, B, IX, bl. 314, n. 1.

(2) Zoo DE PINTO, II, § 1001, 2, 5e uitg., bl. 647, 6e uitg., bl. 679; VERNEDE, op art. 1725 B. W.

bijzondere manier van procederen tot echtscheiding toe; maar sluit daardoor geene gewone procedure tot echtscheiding uit, zonder voorafgaand strafvonnis (1).

Nog kan in de derde plaats eene schenking worden te niet gedaan, indien de begiftigde „weigert aan den schenker, nadat deze in armoede is vervallen, levensonderhoud te verschaffen", art. 1725 3°. De C. N. ziet ook hierin een blijk van ondankbaarheid. Bij ons is daarvan geen sprake, en moet daaraan ook hier niet gedacht worden. Met de zedelijke waardering der weigering hebben wij niet te maken; het doet ook niets ter zake, of de begiftigde in goeden doen verkeert, en ruimschoots in staat is om iets aan den schenker af te staan, dan of hij ook zelf ter nauwernood in de behoeften van hem zelven en de zijnen kan voorzien. De strekking onzer bepaling, die algemeen is en onafhankelijk van de meerdere of mindere waarde van hetgeen geschonken is, is dan ook niet hem te straffen voor zijn gedrag tegenover den schenker, maar veelmeer om dezen te hulp te komen, door hem het regt te geven zich, wat hij in betere dagen aan den begiftigde afgestaan heeft, door dezen te doen teruggeven.

Daartoe is noodig dat de schenker, die vroeger in staat was iets te schenken, in armoede is vervallen, zoo als art. 1725 3° zegt, of volgens den Franschen tekst van het Wetb. van 1830 tombé dans l'indigence. Men zou den eisch der wet overdrijven, wanneer men volslagen armoede vorderen wilde; maar onze wet vordert toch ook uitdrukkelijk, dat de schenker in behoeftige omstandigheden is geraakt en daardoor het onderhoud noodig heeft, op welks weigering door den begiftigde hij zijnen eisch tegen dezen grondt (2). Het is niet noodzakelijk, dat de schenker zich zelven niets meer kan verschaffen en alles van anderen hebben moet; maar wel, dat hij van het zijne niet meer alles verkrijgen kan waaraan hij werkelijk behoefte heeft. Verder

(1) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 315; TEIXEIRA DE MATTOS, bij DE PINTO, n. *a*.

(2) Art. 955 C. N. zegt eenvoudig: s'il (de begiftigde) lui refuse des aliments.

is noodig, dat de schenker vruchteloos de voorziening in die behoefte van den begiftigde heeft gevraagd; men kan niet verlangen dat deze de wenschen van genen, het gevolg van een hem misschien onbekenden toestand, zal voorkomen, en het komt niet te pas van weigering te spreken, waar geen aanvraag is geschied. Aan den anderen kant behoeft ook geen uitdrukkelijke weigering plaats te hebben; de begiftigde, tegen wien geen eisch tot onderhoud kan worden ingesteld, kan zelfs door geene uitdrukkelijke bereidverklaring de toewijzing van dien tot tenietdoening der schenking afweren, zonder die verklaring door eene uitkeering te laten volgen; die het gevraagde onderhoud niet verleent, kan en moet geacht worden het te weigeren (1). En is dit eenmaal het geval, dan zal men den begiftigde ook moeijelijk het regt kunnen toekennen, om het wettelijk gevolg daarvan door een later aanbod af te weren.

De bewijslast rust natuurlijk ook hier op den schenker, ten aanzien van alles wat noodig is als grond voor zijnen eisch tot tenietdoening der schenking, bepaaldelijk ook wat zijn toestand betreft, en zijne behoefte aan het onderhoud dat hij heeft gevraagd. Maar terwijl in het algemeen het bewijs moet strekken om het bestaan van hetgeen beweerd wordt aannemelijk te maken voor den regter, en de beslissing, of en in hoe ver het geleverd is, in het algemeen grootelijks van zijn inzigt afhangt, is met name ook ten aanzien der aangeduide punten eene groote ruimte aan zijn oordeel overgelaten. En al komt het hier niet aan op de meerdere of mindere gegoedheid van den begiftigde (2), de toestand en behoeften van den schenker zijn wel degelijk betrekkelijk, en ook met het oog op zijn verleden te beoordeelen. Die gegoed plagt te zijn, kan bij achteruitgang behoeftig genoemd worden, al heeft hij ook nog wel zoo veel overgehouden

(1) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 317, n. 2.

(2) Wat ik in mijn vroeger *Ned. burg. regt*, VIII, n. 161, over de toepasselijkheid van art. 379 zeide, is teregt verworpen door OPZOOMER, B, IX, bl. 317 en n. 1. Trouwens, het vermogen van dengene, die tot onderhoud verpligt is, kan ook kwalijk in aanmerking genomen moeten worden, waar zoo iemand niet bestaat.

als een ander heeft, die zich redden kan, maar nooit meer heeft gehad, en voor den eerste kan behoefte zijn, wat het niet is voor den laatste.

Er wordt beweerd, dat eene weigering van levensonderhoud den begiftigde niet bloot stelt aan het in art. 1725 aangeduid gevolg, wanneer de schenker verwanten heeft, die volgens art. 376 en v. verpligt zijn hem te onderhouden (1). Die stelling komt mij echter ongegrond voor (2). Ook naar het Fransche regt, omdat het bestaan van zoodanige verwanten de gedachte aan ondankbaarheid aan zijde van den begiftigde niet uitsluit; maar vooral bij ons, die naar geene ondankbaarheid hebben te vragen. Van een inbreuk op de onherroepelijkheid der schenking, wanneer de schenker met voorbijgang dier verwanten onderhoud van den begiftigde, en zoo hij dit niet krijgt tenietdoening der schenking vragen kon, moet geen sprake zijn, omdat we hier met geen herroeping te doen hebben; terwijl het ook wel niet te vreezen zal zijn, dat een schenker zich tot den vereischten toestand zal laten vervallen, om maar den begiftigde tot teruggave te kunnen noodzaken. Bovendien kunnen dergelijke beschouwingen den wetgever leiden, niet den uitlegger of toepasser der wet. Men zou anders ook niet uit het oog moeten verliezen, dat de schenking kan hebben medegewerkt tot den ongunstigen toestand, waarin de schenker zich later bevindt, en er dan, vooral wanneer hij wat kwistig met zijne giften was, misschien wel met het oog op de verwanten, tot wie hij zich in geval van nood zal kunnen wenden, zeker weinig reden is om het gevolg daarvan uitsluitend of bij voorkeur ten laste der verwanten te doen komen. Maar waar het hier eigenlijk op aankomt, is dit, dat, waar de schenker in den bedoelden toestand verkeert en vruchteloos van den begiftigde onderstand vraagt, de werking van het door de wet daaraan verbonden gevolg erkend moet worden, tenzij er een geval mogt bestaan,

---

(1) Zie OPZOOMER, B, IX, bl. 317 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 164 en n. 8; DEMOLOMBE, XX, n. 647; LAURENT, XIII, n. 11.

(2) Verg. DURANTON, VIII, n. 558.

waarvoor de wet zelve eene uitzondering heeft gemaakt, wat hier niet is geschied. Terwijl de behoeftige toestand van den schenker ook eene noodzakelijke voorwaarde is voor zijn regt op onderhoud tegenover zijne verwanten, zal men zeker kwalijk het bestaan van dien toestand kunnen ontkennen om het bestaan van dat regt. En er zal voor ons moeijelijk een grond te vinden zijn om als algemeenen regtsregel aan te nemen, dat men geacht moet worden te bezitten, wat men in regten vorderen kan (1).

In de genoemde gevallen dan kan de schenker de tenietdoening der schenking eischen, en staat de begiftigde aan zoodanigen eisch en zijne toewijzing bloot. In geen dier gevallen vervalt de schenking van regtswege. Wel is dit bij ons niet uitdrukkelijk gezegd, gelijk in art. 956 C. N. en ook nog in art. 1737 Wetb. van 1830; maar deze bepaling is bij de herziening als geheel overbodig beschouwd en weggelaten, nu de wet van tenietdoening spreekt die eene regterlijke uitspraak veronderstelt (2). Nu kan wel, wanneer een der drie gevallen bestaat, zoodat de tenietdoening gevorderd en dan niet ontgaan kan worden, met goedvinden van beide partijen de zaak in der minne worden afgedaan en het geschonkene teruggegeven; maar zoo dit niet geschiedt, is ter bereiking van het doel eene regtsvordering noodig.

En dit geldt gelijkelijk voor al de drie gevallen, zonder dat hiertegen iets moet worden afgeleid uit het feit, dat alleen ten aanzien van het tweede en derde, en niet ook van het eerste geval, van eene regtsvordering gesproken wordt. Dit is, terwijl nergens eenige aanleiding is gegeven om voor dat geval eene bijzondere werking aan te nemen, eenvoudig als een gevolg daarvan te beschouwen, dat de wetgever, wat hij omtrent deze gezegd heeft, alleen met betrekking tot die gevallen heeft willen bepalen; en het heeft ten gevolge, dat dat gezegde nu ook

---

(1) En of men dit al aanvoert als een gezegde en met de woorden ULPIANUS, in l. 49 D. de verb. sign. (50, 16), zie OPZOOMER, t. a. p, daardoor kan het immers voor ons geen meerdere kracht erlangen.

2) Zie VOORDUIN, V, bl. 351.

alleen voor die gevallen, en niet voor het eerste toepasselijk is. Dit laatste kan en moet worden aangenomen, niet omdat de wet, of wie het ook zijn mag, die iets zegt van het eene, het daardoor voor het andere ontkent (1); maar omdat hij, die alleen van het eene iets zegt, het niet ook zegt van het andere, en daarom, terwijl hij ten aanzien van het eene iets bijzonders bepaalt, en het daardoor onttrekt aan den regel die anders ook daarvoor gelden zou, niet ook iets bijzonders vaststelt voor het andere, en dit dus niet onttrekt, maar onderworpen laat aan dien regel.

De wet behelst te dezen aanzien meer dan één bijzondere bepaling. Vooreerst zegt art. 1729*a*, dat „de regtsvordering, in het vorige art. uitgedrukt, vervalt na verloop van een jaar, te rekenen van den dag, waarop de daadzaak, die grond tot dezelve geeft, heeft plaats gehad en aan den schenker heeft kunnen bekend zijn". Bij de regtsvordering, in het vorige art. uitgedrukt, hebben wij, daar art. 1728 ook weder spreekt van het geval van het vorige art., volgens art. 1727 te denken aan de twee laatste gevallen van art. 1725, gelijk ook art. 1735 Wetb. van 1830 en art. 957 C. N. bepaaldelijk spraken van den eisch tot herroeping wegens ondankbaarheid. Die ter zake van het eerste geval is dus niet binnen zoodanigen termijn beperkt. Het gevolg daarvan is, dat zij slechts zal verjaren door een verloop van dertig jaren, overeenkomstig art. 2004. Wel is dit indertijd onvoegzaam geacht, en voorgesteld haar slechts toe te laten gedurende één jaar na het tijdstip, waarop de voorwaarde vervuld, de last uitgevoerd had behooren te zijn; maar de Regering was van eene andere meening. Zij voerde aan, dat hier hetzelfde gold als bij verkoop van onroerend goed, dat ook de verkooper, zoolang de tijd tot verjaring duurt, gevaar loopt om van zijn eigendom ontzet te worden, en dat er geene reden is om een verkrijger om niet meer te bevoordeelen dan een verkrijger onder bezwarenden titel (2). Nu kan men hier-

(1) Het schijnt, dat dit zich nog alleen in het Latijn laat zeggen, als: qui de uno dicit, de altero negat.

(2) Zie VOORDUIN, V, bl. 355 en v.

tegen zeker aanmerken, dat bij het voorstel niet zoo zeer het belang van den begiftigde bedoeld werd, maar bepaaldelijk dat van derden, die het goed van hem verkregen. Maar tevens kan worden opgemerkt, dat in den regel geen tijdstip voor de vervulling der voorwaarde, de uitvoering van den last, bepaald zal zijn; en dat, waar dit wel het geval is, ook terstond daarna kan blijken, of de schenking te dier zake voor tenietdoening en het geschonkene voor terugvordering vatbaar is, wat in het algemeen geheel anders is met betrekking tot de twee andere gevallen.

Art. 1729*a* laat de vordering slechts toe binnen een bepaalden termijn; daarna is zij dus niet meer ontvankelijk. En wij hebben hierbij niet aan verjaring te denken; de bepaling geldt dus voor allen, voor minderjarigen zoowel als voor meerderjarigen enz. (1). Die termijn duurt een jaar, en dit jaar zal worden gerekend van den dag, waarop het feit, dat de grond der vordering moet zijn, heeft plaats gehad en aan den schenker bekend heeft kunnen zijn. In art. 1735 Wetb. van 1830 stond in plaats van dat *en*: of. De zin was daar, gelijk in onze bepaling, dat het bestaan van het feit zelf niet voldoende is, zoolang het den schenker niet bekend zijn kon; maar nu kunnen wij dan ook gevoegelijk korter spreken van den dag, waarop het feit aan den schenker bekend heeft kunnen zijn (2). Doch dit is dan ook voldoende, en het is niet noodig dat het feit hem werkelijk bekend was. Dit, en de noodzakelijkheid van het bewijs daarvan, zou het doel dat de wetgever met zijne bepaling beoogde, om namelijk de onzekerheid van den regtstoestand niet te lang te laten voortduren, te zeer hebben belemmerd.

Door dit doel wordt de bepaling voldoende verklaard en geregtvaardigd. Het stilzitten gedurende een jaar, althans nadat het feit den schenker werkelijk bekend was, kan ook als een bewijs van stilzwijgende kwijtschelding beschouwd worden. En

---

(1) Verg. ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 166 en n. 19, 20; DEMOLOMBE, XX, n. 666 en v.

(2) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 327 en v.

dat deze, en met name ook eene uitdrukkelijke kwijtschelding, het aan het feit toegekend gevolg opheft, zal wel niet betwijfeld behoeven te worden, al heeft de wet er niet van gesproken (1). Hieruit mag alleen worden afgeleid, dat het geldt voor alle gevallen, en niet, gelijk hetgeen art. 1729*a* zegt, tot de twee laatste beperkt moet worden.

In de tweede plaats bepaalt art. 1729*b*: „Die regtsvordering kan niet worden aangelegd door den schenker tegen de erfgenamen van den begiftigde, noch door de erfgenamen van den schenker tegen den begiftigde, ten ware, in dat laatste geval, de regtsvordering reeds door den schenker ware aangevangen, of deze binnen het jaar van de ten laste gelegde daad mogt zijn overleden." Hier hebben wij dus eene beperking ten aanzien der personen, door en tegen wie die regtsvordering kan worden ingesteld.

Die regtsvordering; het tweede lid betreft alzoo dezelfde vordering als het eerste, en dus die wegens een der twee laatste gevallen van art. 1725; de beide beperkingen van art. 1729 treffen dus de tenietdoening wegens dezelfde oorzaken, en alleen die wegen deze. Voor den schenker en tegen den begiftigde is dus het regt van vordering geheel vrij gelaten in al de drie erkende gevallen. En terwijl in het algemeen dat regt bij den dood van hem die het heeft op zijne erfgenamen overgaat, en na het overlijden van dengene tegen wien men het heeft eveneens tegen diens erfgenamen kan worden uitgeoefend, is dit ook hier het geval met betrekking tot de eerste in art. 1725 genoemde oorzaak, waarop art. 1729*b* niet ziet, en ten aanzien waarvan de wet geen inbreuk op den algemeenen regel heeft gemaakt. Op grond dat de voorwaarde niet vervuld, de last niet uitgevoerd is, kan dus de tenietdoening ook door de erfgenamen van den schenker en tegen die van den begiftigde ingesteld worden. En wij mogen er wel bijvoegen, dat dit niet alleen geldt, wanneer reeds bij het leven van den schenker

---

(1) Verg. TOULLIER, V, n. 335; DURANTON, VIII, n. 560 en v.; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 166; DEMOLOMBE, XX, n. 674.

door den begiftigde zelven voor de uitvoering gezorgd had moeten zijn, maar ook, wanneer dit het geval niet was, en de aanleiding tot de vordering eerst na den dood van schenker of begiftigde is ontstaan. Maar met betrekking tot de twee laatste oorzaken is het regt, wat de erfgenamen betreft, deels geheel ontzegd, deels tot bepaalde omstandigheden beperkt.

De regtsvordering deswege kan volgens art. 1729*b* tegen de erfgenamen van den begiftigde zelfs door den schenker niet ingesteld worden, en natuurlijk ook niet door zijne erfgenamen. Wanneer dus de begiftigde sterft vóór dat er eene vordering is ingesteld, zoo is er geene tenietdoening der schenking meer mogelijk. Maar wat, wanneer de vordering reeds ingesteld was tegen hem, en hij in den loop van het geding is overleden? Het komt mij voor, dat dit dan zeer wel tegen de erfgenamen, na schorsing en hervatting als die volgens art. 254 en v. W. v. B. R. te pas komen, kan worden voortgezet, gelijk dat in het algemeen geschieden kan wanneer in den loop van een geding eene der partijen komt te overlijden (1), en dat dit nergens door de wet belet wordt en bepaaldelijk niet door art. 1729*b*. Er is een zeer wezenlijk verschil tusschen het aanvangen en het voortzetten van een geding; dat eene regtsvordering niet tegen de erfgenamen kan worden „aangelegd", sluit niet in, dat aan eene vordering, die reeds tegen den begiftigde was aangelegd, ook tegen die erfgenamen geen gevolg kan worden gegeven (2).

---

(1) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 328, n. 6; TOULLIER, V, n. 337; DURANTON, VIII, n. 562; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 165 en n. 17; LAURENT, XIII, n 30 Anders echter Mr. B. J. GRATAMA, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, I, bl. 419 en v.; MARCADÉ, III, n. 709, op art. 957; DEMOLOMBE, XX, n. 679.

(2) Wanneer DEMOLOMBE zegt: Est-ce que la *demande* formée en justice ne se continue pas jusqu'au jugement? Et continuer une *demande* en révocation n'est-ce pas toujours *demander* la révocation? Assurément oui; — dan mag men, geloof ik, vragen, of dus eene regtsvordering, die slechts binnen een bepaalden termijn kan worden ingesteld, wanneer dit in tijds geschied is, ook met het verloopen van dien termijn vervallen moet. En wanneer hij verder zegt: Est-ce que la mort du prévenu ou de l'accusé n'éteint pas l'action même déja

Omdat dit iets anders is, zou men de bepaling der wet moeten uitbreiden, om er een beletsel in te vinden tegen iets waarvan zij niet spreekt, en uitbreiding is toch zeker bij zoodanige bepaling niet toegelaten. En dat de wet in het eerste gedeelte van art. 1729*b* niet gelijk in het laatste aan zoodanig geval doet denken, kan immers geen voldoenden grond opleveren, om daarvoor iets aan te nemen dat buiten de wet ligt.

Het regt der erfgenamen van den schenker, om wegens de twee laatste oorzaken tenietdoening der schenking te vorderen, is niet zoo geheel ontzegd, maar toch zeer beperkt; de wet laat het toe, wanneer de schenker binnen het jaar van de ten laste gelegde daad overleden is. Wel schijnt zij het ook nog toe te laten in een ander geval, dat namelijk de regtsvordering reeds door den schenker was aangevangen, waarvan art. 1729*b* juist voor „dat laatste geval" met betrekking tot het regt van des schenkers erfgenamen spreekt; maar inderdaad kan men dat kwalijk als eene uitzondering op den regel der ontzegging aanmerken, om het onderscheid dat er bestaat, en waarop reeds zoo even is gewezen, tusschen het instellen, of zoo men wil het aanleggen eener vordering, en de voortzetting, desnoods na hervatting van een door eene vroegere vordering aanhangig gemaakt geding (1). Het regt tot die voortzetting zou ook hier wel erkend hebben kunnen worden, al had de wet er niet van gesproken, gelijk het ook erkend wordt tegenover de erfgenamen van den begiftigde, ofschoon de wet er te hunnen aanzien niet van spreekt. Dat dit hier wel, maar ginds niet geschied is,

---

intentée pour l'application des peines? Sans doute. Or, la demande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude a un caractère pénal; elle tend aussi à l'application d'une peine civile. Donc, elle doit s'éteindre aussi, dans tous les cas, par la mort de celui qui seul pouvait en être frappé, — dan mag ik vragen, of, hetgeen voor het gebied van het strafregt geldt, veilig ook kan worden aangenomen voor hetgeen slechts heeft un caractère pénal en aanleiding kan geven tot eene burgerlijke straf; maar dan merk ik tevens op, dat wij hier aan geene strafbepaling moeten denken; verg. hierboven, bl. 514.

(1) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 328 en n. 4.

kan misschien daaraan zijn toe te schrijven, dat anders juist uit de enkele werkelijke uitzondering, die de wet heeft gemaakt, wel eens zou kunnen worden afgeleid, dat buiten haar aan de erfgenamen van den schenker alle regt op tenietdoening ontzegd is. Men zal echter het laatste gedeelte van art. 1729*b* wel in dezen zin mogen opvatten, dat de regtsvordering kan worden ingesteld door den schenker, en, zoo deze binnen het jaar na het ontstaan der oorzaak overleden is, ook door zijne erfgenamen, terwijl deze in allen gevalle bevoegd zijn om het ten gevolge eener tijdig door hem ingestelde vordering aanhangig geworden geding voort te zetten.

Ik sprak van het jaar na het ontstaan der oorzaak, gelijk ook de wet spreekt van het jaar van de ten laste gelegde daad, de Fransche tekst van art. 1735*b* Wetb. van 1830 van l'année du fait imputé, en art. 957 C. N. van l'année du délit. Met het oog op deze bepalingen vind ik geene vrijheid, om het jaar te rekenen van den dag, waarop het feit aan den schenker bekend heeft kunnen zijn, en zoo het tweede lid van art. 1729 uit het eerste aan te vullen of daarnaar te wijzigen (1). Beide leden hebben een verschillend onderwerp; het eerste beperkt de vordering binnen een bepaalden termijn, het ander bepaalt de bevoegdheid daartoe. En zoo hierbij ook een termijn ter sprake komt, behoeft deze daarom niet dezelfde te zijn; te minder nog, wanneer men daarbij niet aan een vermoeden van kwijtschelding wil denken, 'twelk zich trouwens wel met werkelijke bekendheid, maar kwalijk met de mogelijkheid hiervan laat verbinden. Het is zeker gemakkelijk, de uitdrukking der wet eenvoudig als eene vergissing te beschouwen; maar minder gemakkelijk is het de oorzaak op te geven, waaraan die vergissing, en dan nog wel in al de straks genoemde verschillende bepalingen, is toe te schrijven, en te verklaren hoe het gekomen is, dat de wetgever òf bij het stellen van het tweede lid niet meer wist wat hij in het eerste gezegd had, òf, zoo hij hetzelfde

(1) Anders echter OPZOOMER, B, IX, bl. 329 en n. 2; DURANTON, VIII, n. 562 aan 't slot; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 165, n. 14; DEMOLOMBE, XX, n. 683.

bedoelde, niet òf met zoovele woorden òf door verwijzing hetzelfde zeide.

Wanneer nu de erfgenamen van den schenker volgens het slot van art. 1729*b* tot het instellen eener vordering bevoegd zijn, zal men zeker bezwaarlijk kunnen aannemen, dat zij hun regt niet ook slechts binnen een bepaalden termijn kunnen uitoefenen, en dat regt voor hen alleen door verjaring overeenkomstig art. 2004 verloren wordt. Waar de schenker zelf de vordering volgens art. 1729*a* slechts kon instellen binnen het daar aangeduide jaar, kan dit hun, waar zij om zijn overlijden bij uitzondering zelve kunnen optreden, niet wel zonder beperking vrij staan. Aan den anderen kant kan het voor hunne bevoegdheid redelijkerwijze wel niet beslissend zijn, of en wanneer het feit, 'twelk de grond der vordering zijn moet, — niet bekend is geworden, maar — bekend zou hebben kunnen zijn aan den schenker. Naar aanleiding en voor eene redelijke toepassing van art. 1729 kan en moet men, dunkt mij, aannemen, dat het regt van vordering voor de erfgenamen vervalt door verloop van een jaar, nadat het feit *hun* bekend heeft kunnen zijn. Kan het regt daardoor voor hen nog bestaan, terwijl het voor den schenker zelven reeds verloren zou zijn geweest, dan is dat een natuurlijk gevolg daarvan, dat men in het gegeven geval ook voor hen een regt van vordering heeft willen toelaten. En kan zoo na den dood des schenkers het regt voor hen wel eens van zeer korten duur zijn, zij hebben het dan toch aan de gunstige bepaling, die bij uitzondering te hunnen behoeve gemaakt is, te danken, dat zij in dien tijd voor hunne belangen kunnen opkomen (1).

De eisch tot tenietdoening der schenking wordt ingesteld door den schenker of zijne erfgenamen tegen den begiftigde of de zijnen. Het geldt hier eene overeenkomst, wier tenietdoening in de eerste plaats hen aangaat die daarbij partijen waren, en in art. 1729 wordt met betrekking tot de vordering ook juist en

---

(1) Verg. hierbij OPZOOMER, B, IX, bl. 329, n. 1; DURANTON, VIII, n. 562; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 165 en v. en n. 18; DEMOLOMBE, XX, n. 686; LAURENT, XIII, n. 34.

alleen van hen gesproken. Maar het gevolg van de vordering en hare toewijzing kan zich mede tot anderen uitstrekken; dit wordt dan ook door de wet erkend, maar niet algemeen en gelijkelijk voor al de gevallen. De wet maakt tusschen deze ook in dit opzigt een belangrijk onderscheid; en ook hier weder staat het eerste geval van art. 1725 tegenover de andere. En hiervoor bestaat een voldoende grond. Uit de overschrijving der akte van schenking kunnen derden de lasten kennen die aan deze verbonden zijn, en nu kunnen zij onderzoeken of en in hoe verre deze reeds zijn uitgevoerd, en daarnaar de mate van zekerheid beoordeelen van een regt, dat hun door den begiftigde zal worden verleend. Ten aanzien der beide andere gevallen kan hun wel de mogelijkheid eener tenietdoening uit de wet bekend zijn, maar kunnen zij niet evenzeer in elk geval nagaan, of en in hoe ver daarvoor gevaar bestaat.

In het eerste geval, van tenietdoening wegens niet-vervulling der voorwaarden, of omdat de last niet is uitgevoerd, blijft volgens art. 1726*a* het geschonkene aan den schenker, of kan hij het terugvorderen. Hij kan het onder zich houden en behoeft het dus niet te leveren, als hij dat nog niet heeft gedaan, en zoo dit reeds geschied is kan hij het terugvorderen (1).

Hij kan het dan terugvorderen „met de vruchten en inkomsten bij denzelven (den begiftigde) sedert zijne nalatigheid genoten." Van vruchten en inkomsten sprak noch art. 954 C. N., noch art. 1733 Wetb. van 1830. Bij het ontwerp tot herziening werd het regt toegekend om mede te vorderen de vruchten en inkomsten „bij denzelven genoten." Dit werd echter in die algemeenheid onbillijk geacht. „Er zijn voorwaarden," zoo zeide men, „welke successivelijk en op verschillende tijden kunnen of moeten worden gepresteerd; men kan geene teruggave der vruchten vorderen, dan die sedert de non-adimpletie zijn

(1) De opmerking van DE PINTO, II, § 1001, 1, 5e uitg., bl. 647, 6e uitg., bl. 678, en van SCHÜLLER, op art. 1726 B. W., dat het eerste ziet op eene opschortende, het terugvorderen op eene ontbindende voorwaarde, is zeker minder juist, en het gevolg eener onjuiste opvatting van het woord voorwaarde.

genoten." En die opmerking heeft geleid tot de redactie zoo als ze nu luidt (1). Misschien is men hierdoor verder gegaan dan bij de opmerking werd bedoeld (2). Hierbij werd verondersteld, dat er op verschillende opvolgende tijden iets gepresteerd moet worden, dat b. v. jaarlijks *f* 100 moet worden uitgekeerd; en als dit nu eerst geschiedde maar later niet, dan zouden de vruchten slechts verschuldigd zijn sedert het verzuim der uitkeering; volgens de bestaande bepaling zal nu de begiftigde, die eerst tien jaren nadat hem het geschonkene geleverd is iets te presteren heeft, maar in gebreke blijft om dit te doen, de in al de vroegere jaren genoten vruchten voor zich kunnen behouden. Hetzij dit nu werkelijk bedoeld is of niet, de wet laat geene andere opvatting toe. Aan den anderen kant kan de schenker ook alleen werkelijk genotene vruchten en inkomsten vorderen, niet die hadden kunnen worden, maar niet zijn genoten.

De schenker kan voorts, volgens art. 1726*b*, tegen een derden houder of bezitter eener geschonkene onroerende zaak dezelfde regten uitoefenen als tegen den begiftigde zelven. Ten gevolge van de tenietdoening der schenking weder eigenaar van die zaak zijnde, kan hij haar even goed opvorderen van een derde, die aan den begiftigde geen vaster regt ontleenen kon dan deze zelf had. De schenker behoeft zich niet te wenden tot zoodanigen derden bezitter; hij kan zich houden aan den begiftigde, en zoo deze niet in staat is, en zich niet in staat wil of kan stellen, om de zaak af te geven, van hem vergoeding vragen van kosten, schaden en interessen (art. 1272), maar hij kan ook de zaak opvorderen van dengene die haar onder zich heeft. En dat deze de verpligting tot afgifte zou kunnen ontgaan, door zelf den last uit te voeren (3), komt mij voor geen grond te vinden in den aard der zaak en met de bepaling der wet kwalijk vereenigbaar te zijn. Deze sluit voorts mede in, dat de schenker tegen een derden bezitter ook hetzelfde regt heeft op afgifte van vruchten en inkomsten, voor zoo ver die

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 353 en v.

(2) Verg. OPZOOMER, B, IX, bl. 320, n. 1.

(3) Zie ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 707 bis, bl. 163 en n. 7.

door hem zijn genoten en de begiftigde zelf ze zou moeten afgeven, zonder dat dit ook mag worden uitgestrekt tot die, welke deze zelf genoten heeft.

De wet zegt voorts nog in art. 1726*a*, dat de schenker het geschonkene kan terugvorderen vrij van alle lasten en hypotheken, welke daarop door den begiftigde mogten gelegd zijn. Al wordt hier niet uitdrukkelijk, gelijk in het tweede lid, van eene onroerende zaak gesproken, toch blijkt uit de woorden „lasten en hypotheken" genoegzaam, dat alleen eene zoodanige bedoeld is. De wet veronderstelt voorts, dat het goed in handen van den begiftigde is gebleven; waar dit het geval niet is, zal hetzelfde evenzeer moeten gelden van de lasten en hypotheken, die een derde op het goed heeft gelegd, aan wien dit is overgegaan. Maar de redactie is minder gelukkig. De bepaling, dat de schenker het goed vrij van alle lasten kan terugvorderen, kan doen denken, dat hij kan vorderen dat het hem vrij van die lasten zal worden teruggegeven, dat het daartoe dus door den begiftigde hiervan bevrijd zal moeten worden; maar dit is niet door den wetgever bedoeld. Art. 954 C. N. zegt dat les biens rentreront dans les mains du donateur libres etc., en brengt dus mede dat ze, tot hem terugkeerende, van zelf vrij zullen zijn. De Fransche tekst van art. 1733 Wetb. van 1830 zeide ook dat les biens rentreront — libres etc., doch de Nederlandsche had, niet overeenkomstig de officiële vertaling dat ze zullen, maar dat ze moeten terugkeeren vrij enz., en het is niet onmogelijk, dat dit „moeten" aanleiding gegeven heeft tot de bepaling zooals zij nu luidt. Maar van eene bedoeling om in dezen van den C. N. af te wijken, blijkt volstrekt niet. En het beroep op het feit, dat derden uit de overgeschreven akte van schenking de daaraan verbonden voorwaarden of lasten kunnen kennen, 'twelk tot aanbeveling onzer bepaling werd aangevoerd (1), bevestigt mede de bedoeling, dat ten gevolge van de tenietdoening der schenking de intusschen op het goed gelegde lasten en hypotheken van zelf zouden vervallen.

Ten aanzien van roerende zaken geldt het bezit als volkomen

(1) Zie VOORDUIN, V, bl. 354.

titel, een derde kan ze veilig overnemen of zich in pand laten geven. Wel kunnen ook zij in het geval van art. 1725 1⁰ teruggevorderd worden, en de begiftigde, die ze heeft afgegeven kan trachten ze terug te bekomen, om ze weder aan den schenker af te geven. Maar als hij dit niet doet of daarin niet slaagt, dan zal ook hier overeenkomstig art. 1272 vergoeding moeten plaats hebben van kosten, schaden en interessen.

Wanneer de schenking wegens eene der in art. 1725 2° en 3⁰ genoemde oorzaken teniet gedaan wordt, zoo kan natuurlijk de schenker ook niet meer tot levering genoodzaakt worden, en indien deze reeds plaats heeft gehad, de zaak terugvorderen. En hij kan ook, volgens art. 1728*a*, zoo de zaak intusschen vervreemd mogt zijn en door den begiftigde niet teruggegeven kan worden, van dezen de waarde eischen, die zij had op het tijdstip der regtsvordering; het tijdstip, waarop de schenker het regt deed gelden om de zaak terug te ontvangen; een regt, dat de omstandigheden hem gaven, en eene daad van den begiftigde, die de zaak aan een ander overdroeg, hem niet kon ontnemen (1). De wet spreekt geheel algemeen van vervreemden, en het is daarbij dus onverschillig, of dit om niet is geschied, of onder bezwarenden titel. Hij had de vrije beschikking over de zaak, en kon haar vervreemden zoo als hij verkoos, zonder dat die handeling ten gevolge eener latere omstandigheid ongedaan gemaakt kan worden. Maar zijne vervreemding kan ook den schenker niet verstoken doen zijn van een regt, dat zoodanige onstandigheid hem geeft. En zoo deze de zaak niet kan terugbekomen omdat zij vervreemd is, dan heeft hij regt op hare waarde; hij heeft dat ook, wanneer zij verkocht was voor een lageren prijs, hij heeft het eveneens, wanneer de begiftigde er niets voor heeft gekregen. Maar hij heeft dat ook alleen, wanneer deze de zaak niet teruggeven kan, omdat hij dit onmogelijk heeft gemaakt; is zij op andere wijze, buiten zijne schuld en zonder dat hij in gebreke was, voor hem verloren

(1) Verg. TOULLIER, V, n. 326; ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 167, n. 26.

gegaan, zoo is zijne verpligting tot teruggave overeenkomstig art. 1480 vervallen.

Hetzij de zaak zelve of hare waarde teruggegeven wordt, in beide gevallen is volgens art. 1728*a* de begiftigde verpligt, daarbij ook de vruchten en inkomsten terug te geven sedert den dag der regtsvordering. Tot zoo lang genoot hij die uit kracht van zijn regt op de zaak, en dit verloor hij niet door het feit, dat tot de regtsvordering aanleiding gaf, maar eerst ten gevolge van de regtsvordering, die in dat feit haren grond had (1). De wet bepaalt dat niet nader, en nu komt het mij voor, dat men voor het eerste geval weer alleen aan genoten vruchten enz. zal moeten denken, en voor het ander, waarin de waarde der zaak teruggegeven wordt, aan de zoodanige, die hij genoten zou hebben zoo hij haar niet vervreemd had.

De begiftigde is volgens art. 1728*b* bovendien verpligt den schenker schadeloos te stellen voor de hypotheken en andere lasten, waarmede onroerende zaken door hem mogten zijn bezwaard. Deze bepaling komt in den C. N. niet voor, maar is volkomen redelijk; de schenker, die, als de zaak vervreemd is, regt heeft op de waarde, dient evenzeer, als zij bezwaard is, deswege schadeloos gesteld te worden (2). En wij mogen wel aannemen dat, zoo zij bezwaard is, niet door den begiftigde, maar door een derde aan wien hij de zaak vervreemd had, de begiftigde evenzeer tot die schadeloosstelling gehouden is. De wet spreekt van bezwaren „ook voor de regtsvordering". Deze woorden zouden gemist hebben kunnen worden, terwijl dan uit de algemeenheid der bepaling hetzelfde zou kunnen worden afgeleid; maar nu is daardoor alle twijfel weggenomen, die anders zeer wel kon opkomen, of de begiftigde wel ook tot schadeloosstelling verpligt zou zijn voor lasten, op het goed gelegd, terwijl hij daarvan nog eigenaar en zijn regt daarop nog onbetwist was (3).

---

(1) Verg. TOULLIER, V, n. 340.

(2) Verg. ASSER, § 817.

(3) Indertijd werd de meening geüit, dat het woord „ook" overbodig was en zelfs een verkeerden zin zou opleveren; zie VOORDUIN, V, bl. 355. Die opmerking is zonder gevolg gebleven, en zeker moet

Derden worden in het algemeen door eene der in art. 1725 2° en 3° genoemde oorzaken, of ook door eene daarop gegronde vordering en hare toewijzing, niet verkort in eenig regt, door hen wettig op de geschonken zaak verkregen; en het verschil dat er te dien aanzien tusschen die oorzaken en de eerstgenoemde bestaat, is daarvan een gevolg, dat de overschrijving der akte van schenking hun geen aanleiding gaf om aan een gevaar uit dien hoofde te denken. Maar de wet heeft den schenker een middel gegeven, om hetgeen geschied is nog aan allen kenbaar te maken, en daardoor zijn regt op het geschonkene nog tegen latere handelingen van den begiftigde ook tegenover derden te waarborgen. Dat middel bestaat in de inschrijving van den eisch tot tenietdoening naast, nevens of ter zijde van (1) de bij art. 671 vermelde en voorgeschreven overschrijving der akte van schenking, waarvan art. 1727 spreekt. Zoodanige kenbaarmaking, niet van een mogelijk, maar van een werkelijk bestaand gevaar, maakt dat ook voor de twee laatste oorzaken van tenietdoening hetzelfde gelden kan, wat volgens art. 1726 geldt voor de eerste. Art. 958 C. N., 'twelk ook dat middel aan de hand geeft, spreekt van de inschrijving van een uittreksel van den eisch, en dat deed ook art. 1736*a* Wetb. van 1830, terwijl onze wet van de inschrijving van den eisch spreekt. Wat tot die verandering aanleiding heeft gegeven, vind ik niet vermeld; maar in de zaak zelve is, geloof ik, daardoor niets veranderd. De wet spreekt dan ook niet van eene inschrijving der dagvaarding, of van eene akte of een exploit, maar van den eisch, van het feit dat er eene vordering is ingesteld; en daarvoor is niet alleen de inschrijving van een uittreksel voldoende en even geschikt voor het doel, maar hierdoor is ook werkelijk de eisch ingeschreven.

Terwijl nu volgens art. 1727 door de tenietdoening der schen-

---

ook hetzelfde gelden, wanneer het goed bezwaard is na het instellen der vordering, zoolang hiervan geene inschrijving is geschied. Met de afkeuring der bijvoeging door OPZOOMER, B, IX, bl. 326, n. 1, kan ik niet instemmen.

(1) Verg. art. 1154, 1263.

king in de twee laatste gevallen geen hinder wordt toegebragt aan eene vervreemding der geschonken zaak, of aan de hypotheken of andere zakelijke lasten, welke de begiftigde daarop mogt gelegd hebben vóór de inschrijving van den eisch, en die dus geldig zijn en blijven, is het anders met hetgeen na die inschrijving is geschied. De wet laat op het eerste gedeelte volgen, dat alle vervreemdingen, hypotheken of andere zakelijke lasten, welke later dan de voorzeide inschrijving door den begiftigde mogten zijn gedaan, nietig zijn, indien de eisch (1) wordt toegewezen. Het laatste gedeelte, dat in den C. N. niet voorkomt, had misschien ook bij ons wel gemist kunnen worden, in zoo ver de inhoud ook bij tegenstelling uit het voorafgaande had kunnen worden afgeleid, maar geeft nu dan toch bepaaldelijk te kennen, dat de bedoelde latere handelingen krachteloos en van onwaarde zijn, zoodat zelfs geene opzettelijke bestrijding daarvan noodig is. Vooral kunnen de laatste woorden als overbodig beschouwd worden; maar uit hetgeen ASSER zegt, die aan de bewerking van ons Wetb. een werkzaam aandeel had, mag worden opgemaakt, dat men er door heeft willen doen uitkomen, dat de nietigheid alleen ten behoeve van den schenker is uitgesproken, die, als zijn eisch wordt toegewezen, het goed zelf kan opvorderen en het dan vrij en onbezwaard terugbekomt, terwijl, zoo de eisch niet wordt toegewezen, en dus de schenking ten aanzien van den schenker in stand blijft, noch de eisch, noch de inschrijving daarvan voor den begiftigde, of voor eén derde die met hem gehandeld heeft, grond oplevert om de geldigheid dier handeling te bestrijden (2).

Niet het feit dus, dat aanleiding gaf tot den eisch, maar de inschrijving van dezen is het, wat over de kracht der hande-

(1) De wet spreekt hier van den „eisch *ten* gevolge der herroeping". Art. 1736*b* Wetb. v. 1830 sprak van den eisch *tot* herroeping, la demande *en* révocation, gelijk daar in art. 1735 ook genoemd werd de regtsvordering, waarvan ons art. 1729 spreekt, de eisch tot tenietdoening volgens art. 1727. Wat tot die verandering, die zeker geen verbetering was, aanleiding heeft gegeven, vind ik niet vermeld.

(2) Zie ASSER, § 816. Verg. voorts OPZOOMER, B, IX, bl. 323 en v.

lingen tusschen den begiftigde en derden beslist. Zoolang die inschrijving niet plaats had, kunnen derden veilig met den begiftigde handelen, en zoo er geene inschrijving mogelijk is omdat er geene akte is overgeschreven, kunnen zij dat ten allen tijde. Dit geldt bepaaldelijk ten aanzien van zoodanige roerende zaken, waarvoor het bezit als volkomen titel geldt, maar ook van inschulden en andere regten, waarvoor dit het geval niet is. De bewering toch, dat daarvoor de tenietdoening ook tegenover derden terug werkt tot den dag der regtsvordering (1), mist allen grond in de wet en is met hare bepaling in strijd. En dezelfde reden, die volgens het eerste gedeelte van art. 1727 de handelingen, waarvan daar sprake is, in stand deed houden, welke plaats hadden vóór de inschrijving van den eisch, geldt ook in het algemeen ten aanzien van handelingen, om het even wanneer ze zijn verrigt, die zaken tot onderwerp hebben, waarvoor geen overschrijving eener akte te pas komt, en daarom ook geen inschrijving van den eisch kan plaats hebben.

Aan den anderen kant is de bepaling van art. 1727 ook niet uitdrukkelijk tot onroerende zaken beperkt. En nu komt het mij voor, dat zij toepasselijk is ten aanzien van alle, waarvoor tot overdragt, ook ten gevolge eener schenking, eene overschrijving der akte noodig, en dus eene inschrijving van den eisch tot tenietdoening nevens die overschrijving mogelijk is. Ik bedoel hier bepaaldelijk zeeschepen, waarvan de levering volgens art. 309*b* W. v. K. niet anders geschieden kan dan bij akte, overgeschreven in de daartoe bijzonderlijk bestemde openbare registers. En dat art. 1727 spreekt van de bij art. 671 vermelde overschrijving, kan, dunkt mij, daartegen geen bezwaar opleveren, daar art. 309 immers gelijke overschrijving bedoelt, en de verwijzing naar art. 671 zeker niet de strekking heeft, om de toepasselijkheid van art. 1727 te beperken en schepen daarvan uit te sluiten.

---

(1) Zie ZACHARIAE (AUBRY et RAU), III, § 708, bl. 166 en v., n. 24.

ARTIKELEN, IN DIT DEEL BEHANDELD.

Burgerlijk Wetboek.

Art.	1534.	Bl.	283—285.
"	1535.	"	289—292.
"	1536.	"	292—295.
"	1537.	"	292—295.
"	1538.	"	295—301.
"	1539.	"	262—267, 300.
"	1540.	"	301, 305—312.
"	1541.	"	310 en v.
"	1542.	"	312 en v.
"	1543.	"	313—315.
"	1544.	"	316—318.
"	1545.	"	316—318.
"	1546.	"	318—321.
"	1547.	"	307, 309, 323—327.
"	1548.	"	301—305.
"	1549.	"	327, 332—335.
"	1550.	"	333—335.
"	1551.	"	341—343.
"	1552.	"	335—340.
"	1553.	"	345—347.
"	1554.	"	328—332.
"	1555.	"	373—375.
"	1556.	"	375—377.
"	1557.	"	377 en v., 379, 386.
"	1558.	"	378 en v.
"	1559.	"	383, 384 en v.
"	1560.	"	380 en v.
"	1561.	"	381—383.
Art.	1562.	Bl.	400 en v.
"	1563.	"	398 en v.
"	1564.	"	398 en v.
"	1565.	"	399 en v.
"	1566.	"	400.
"	1567.	"	386, 397 en v.
"	1568.	"	383 en v., 385 en v., 387—397.
"	1569.	"	347—353.
"	1570.	"	355—358, 362.
"	1571.	"	358—361.
"	1572.	"	359—361.
"	1573.	"	362, 363, 364 en v.
"	1574.	"	368—370.
"	1575.	"	368, 370—372.
"	1576.	"	353—355, 362.
"	1577.	"	401—403.
"	1578.	"	403 en v.
"	1579.	"	407.
"	1580.	"	408—411.
"	1581.	"	404—406.
"	1582.	"	403, 406, 411.
"	1703.	"	415—424.
"	1704.	"	425—430.
"	1705.	"	451 en v.
"	1706.	"	454—457.
"	1707.	"	474—476.
"	1708.	"	452 en v.

Art. 1709. Bl. 457—476.
„ 1710. „ 458 en v., 468 en v.
„ 1711. „ 499—502.
„ 1712. „ 459, 471—474.
„ 1713. „ 430—432.
„ 1714. „ 432 en v.
„ 1715. „ 442—445.
„ 1716. „ 435—438, 494.
„ 1717. „ 439—441, 494.
„ 1718. „ 439, 445—450.
„ 1719. „ 476—481.
„ 1720. „ 416, 481—485.
„ 1721. „ 485—488.
„ 1722. „ 488—494.
„ 1723. „ 417 en v.

Art. 1724. Bl. 495—499.
„ 1725. „ 502 en v., 503—515.
„ 1726. „ 525—528.
„ 1727. „ 530—532.
„ 1728. „ 528 en v.
„ 1729. „ 516—525.
„ 1730. „ 430.

„ 1746. „ 136—142, 146—149.
„ 1747. „ 142—145.
„ 1748. „ 144—146.

„ 1811. „ 151—153.

INHOUD.

HOOFDSTUK II.

VAN ONDERSCHEIDENE VERBINDTENISSEN IN HET BIJZONDER.

AFDEELING I.

VAN VERBINDTENISSEN, ANDERS DAN UIT OVEREENKOMST GEBOREN.

AFDEELING II.

VAN VERBINDTENISSEN, DIE UIT OVEREENKOMSTEN ONTSTAAN.

163. Beperkingen van die om te koopen, 163. Verbod van koop en verkoop tusschen echtgenooten, 170. Allerlei zaken kunnen het onderwerp zijn, 176. Niet die reeds te niet gegaan waren, 177; of aan den kooper toebehooren, 179. Koop en verkoop van eens anders goed, 180. De prijs, 187; eene bepaalde geldsom, 188; niet noodwendig uitsluitend geld, 189. Noodzakelijkheid van een prijs, 189; een ernstig gemeenden, 190. Bepaling van den prijs, 191. De koop, eens gesloten, voor beide partijen verbindende, ook in geval eener handgift, 196. Vernietiging, niet wegens benadeeling, 197. Eigendomsovergang eerst door levering, 198. De bepaalde zaak dadelijk voor rekening van den kooper, 199. Onbepaalde zaken bij den hoop verkocht ook, 200; anders eerst als ze gewogen. geteld of gemeten zijn, 201; bij voorwaardelijken koop en dien op de proef aangegaan, 204. Dubbelzinnige bedingen ten nadeele van den verkooper uit te leggen, 207. Kosten der akten en andere op den koop en verkoop vallende zijn ten laste van den kooper, 209.

Verpligtingen van den verkooper, vooreerst tot levering, 210. Wat hieronder verstaan moet worden, en belang eener wettelijke bepaling daaromtrent, 210. Hoe die levering geschiedt, 218. De daarop vallende kosten ten laste van den verkooper, 220. Waar geleverd moet worden, 222. Wanneer; niet zonder betaling, tenzij de verkooper uitstel van betaling verleend heeft, 224; en ook dan niet onbepaald, 226. Bij gebreke van levering kan ontbinding gevorderd worden, 228. De zaak te leveren in den staat, waarin zij tijdens den verkoop was, 231. Regt op de vruchten, 232; óp een schat, 233. Levering van 'tgeen tot de zaak behoort, met de eigendomsbewijzen, 234. Levering der verkochte hoeveelheid of grootte, gevolgen van een te dien aanzien bestaand verschil, 235. Termijn binnen welken te dier zake eene vordering kan worden ingesteld, 253.

tot betaling, waar en wanneer, 332. Opschorting wegens stoornis of vrees daarvoor, 335. Verpligting tot interessen en kosten, 340. Waarborgen van den verkooper voor de betaling, 344. Regt op ontbinding bij gebreke hiervan, 345.

Bijzondere bepalingen omtrent koop en verkoop van inschulden en andere onligchamelijke regten; wat hieronder te verstaan, 347. De verkochte inschuld blijft wat en zoo als zij is, 349; met al wat daartoe behoort, 351. Toepassing op interessen, 351; op andere regten, 352. Wijze van levering, 353. Vroegere afdoening geldt ook tegenover den kooper, 354. Levering en vrijwaring, 355; van het bestaan der inschuld ook zonder beding, 357; wegens gegoedheid van den schuldenaar alleen ten gevolge van een beding, 358. Blijk van gemis van gegoedheid, 360. Verkoop eener erfenis, wat hieronder te verstaan, 362. Overdragt, levering en vrijwaring, 365. Regten van den kooper, 365. Regten en verpligtingen tusschen verkooper en kooper ten aanzien van hetgeen met betrekking tot de erfenis geschied is, 368. Verkoop van een erfdeel, 372.

Beding van een regt van wederinkoop, 373. Voorbehoud, mogelijk tusschen allé partijen, 374; voor allerlei, ook roerende goederen, 375. Uiterlijk voor vijf jaren, 376; niet verlengbaar, 377; en gelijk voor allen, 378. De kooper wordt eigenaar, maar zijn eigendom is herroepelijk; de verkooper blijft geen eigenaar, maar heeft toch eenig zakelijk regt behouden, 379. De kooper is opvolger van den verkooper, 380. Hij kan tegen de schuldeischers een voorregt van uitwinning doen gelden, 381. Kracht van handelingen door den kooper verrigt, 383. De verkooper van onroerend goed kan zijn regt ook tegen een tweeden kooper doen gelden, 384. Regten door den kooper daarop gelegd vervallen, 385. Wijze waarop de verkooper zijn regt kan uitoefenen, 386. Teruggave van den geheelen oorspronkelijken koop-

men bestaan ten tijde der schenking, 435. Schenking aan stichtingen enz., 439. Betrekkelijke onbekwaamheid, 441. Schenkingen tusschen echtgenooten verboden, 442. Wie verder betrekkelijk onbekwaam zijn, 445.

Nadere bepalingen, bij schenking al of niet toegelaten, 450. Geen voorbehoud van beschikking over een voorwerp in de schenking begrepen, 451; wel over eene geldsom of iets anders, dat niet tot het geschonkene behoort, 452. Afscheiding van vruchtgebruik of genot, 454. Beding van een regt van terugkeering, 457. Oplegging van schulden of andere lasten, 474.

Schenking door den schenker bij notariële akte, 476; bij gemagtigde, 480. Aanneming noodig, 481; terstond of later, dan weder bij notariële akte, met beteekening, 482. Bekwaamheid tot aanneming, gemagtigde, 484; voor getrouwde vrouwen, 485; voor minderjarigen en onder curatele gestelden, 488; voor een ongeboren kind, stichtingen, 494. Giften van hand tot hand, 494. De schenking na voldoende aanneming tot stand gekomen. Verpligting tot levering, niet tot vrijwaring, 499. Andere verpligtingen, 502.

Eene aangenomen schenking kan niet herroepen, maar wel tenietgedaan worden, 303; in drie gevallen, niet meer, 505. Onze wet spreekt van geen ondankbaarheid, 508. Niet-vervulling der voorwaarde, 510. Een misdrijf jegens den schenker, 511. Weigering van onderhoud aan hem, 514. Regtsvordering te dier zake in alle gevallen, 517. De tijd daarvoor verschilt voor het eerste en voor de twee ander, 518. Ook de bevoegdheid, 520. Ook het gevolg van het instellen en de toewijzing der vordering, voor het eerste geval, 525, voor de beide andere, 528; en hierbij tegenover derden alleen na voorafgaande inschrijving van den eisch, 530.

bladz. 153 uitgelegd waarom de Schr. de Kant.
- commentaren niet behandelt. -